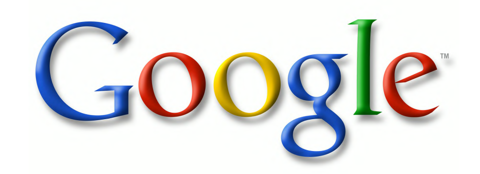



SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
VE RI TAS



Erneuerung deutscher Rechtspflege.

Prozeßgeschichtliche Betrachtungen

von

Dr. iur. Johann Christoph Schwartz
o. ö. Professor der Rechte an der Universität Halle.

Nord un Süd, de Welt is wiet;
Ost un West, to Huus is best!

Halle a. S.
Verlag von Max Niemeyer
1908.

Erneuerung deutscher Rechtspflege.

Prozeßgeschichtliche Betrachtungen

von

Dr. iur. Johann Christoph Schwartz
o. ö. Professor der Rechte an der Universität Halle.

Nord un Süd, de Welt is wiet;
Ost un West, to Huus is best!

Halle a. S.
Verlag von Max Niemeyer
1908.



Erneuerung deutscher Rechtspflege.

Erneuerung deutscher Rechtspflege.

Prozeßgeschichtliche Betrachtungen

von

Dr. iur. Johann Christoph Schwartz
o. ö. Professor der Rechte an der Universität Halle.

Nord un Süd, de Welt is wiet;
Ost un West, to Huus is best!

Halle a. S.
Verlag von Max Niemeyer
1908.

Dem Herrn Geheimen Justizrat

Professor der Rechte an der Universität Berlin

Dr. Otto Gierke

(als Fortsetzung)

zugeeignet.

Das Buch will mittun in dem von Franz Adickes so dankenswert eröffneten Reformstreite. Nach Maßgabe des Arbeitsgebietes des Verfassers sind ausschließlich Fragen der bürgerlichen Rechtspflege besprochen worden.

Halle a. S., am 28. Mai 1908.

J. C. S.

Inhaltsübersicht.

I.

Zur Lage.

Nun gürte fröhlich sich ein jeder
Mit blankem Schwert bei Trommelschlag
Und steck auf seinen Hut die Feder,
Daß man die Farbe kennen mag.

Geibel.

Otto Bähr, im letzten Viertel des vorigen Jahrhunderts gewiß zu unseren bedeutendsten praktischen Juristen zählend, war zugleich der erste, der — kaum sechs Jahre nach Inkraftsetzung der Leonhardtschen Justizreform — bereits schwere Bedenken vorbrachte gegen die neue Reichszivilprozeßordnung, die er als das wichtigste Stück jener Einigungsgesetzgebung aus den siebziger Jahren bezeichnete: „Nicht wegen ihrer unmittelbaren Wirksamkeit. Denn schließlich ist es für das große Ganze im Augenblick von keinem erheblichen Belang, ob einige Prozesse mehr oder minder gerecht entschieden werden. Wohl aber deshalb, weil die Zivilrechtsprechung die Schule für die gesamte Justiz, die Justiz aber wieder die Schule für einen großen Teil des höheren Beamtenstandes bildet. Die wichtige Bedeutung der Zivilprozeßordnung liegt hiernach in der Erziehung, die sie dem Juristenstand und mittelbar dem Beamtenstand überhaupt erteilt. Solche Gesetze aber, welche auf die gesamte Erziehung des Volkes oder einzelner wichtiger Teile desselben wirken, üben einen weit tiefer greifenden Einfluß aus, als man im ersten Augenblick merkt. Ihre eigentliche Wirksamkeit zeigt sich erst nach Jahrzehnten oder nach einem Menschenalter. Dann aber macht sie sich um so tiefer fühlbar, als es, auch wenn man Mittel der Umkehr in Bewegung setzt, doch mindestens eines gleichen Zeitraumes bedarf, um ihre Wirkungen wieder aus der Welt zu schaffen." [1]) —

In einer späteren Schrift sagt Bähr von der Zivilprozeß-

ordnung: „Die ganze Maschine arbeitet mit einer Vergeudung von Kraft und Zeit, die ihresgleichen sucht“.[2])

Ich wüßte keine Beurteilung unseres heutigen Zivilgerichtswesens, die sich besser eignete, meine nachfolgenden Ausführungen einzuleiten, als die obigen, vor 20 und mehr Jahren geschriebenen Sätze des scharfblickenden Mannes.

Bährs heftigen Angriffen stellte sich alsbald Adolf Wach entgegen: „Noch wirken die alten Gewöhnungen sehr entschieden auf die Praxis: der französische, der hannöversche, der altpreußische, gemeinrechtliche Jurist tragen ihre hergebrachten Anschauungen in das Gesetz und Rechtsleben hinein und erzeugen dadurch eine Verschiedenheit, ja mitunter Gesetzwidrigkeit der Übung, welche erst sehr allmählich, gewiß nicht vor dem Aussterben der lebenden Generation ganz überwunden werden wird.“ — „Also brauchen wir Zeit und abermals Zeit für Erproben des Gesetzes und das Einleben in das Gesetz“; — „unsere Zivilrechtspflege ist auf guten Grund gebaut; denn Wahrheit ist ihr Ziel und Gerechtigkeit die Frucht, die dem deutschen Volke aus ihr reifen muß, wenn man sie reifen läßt mit Geduld“.[3]) Seit bald einem Menschenalter ist die Zivilprozeßordnung in Geltung! Gewiß, die große Mehrzahl aller derer ist dahingegangen, die einstmals als Richter berufen waren, zuerst das neue Prozeßrecht praktisch durchzuführen; — aber die uns so sicher verhießene segensreiche Frucht ist noch immer nicht gereift! Otto Bährs gewichtige Angriffe sind von verschiedenen Seiten wieder aufgenommen worden, und je länger die Gesetze von 1877 gehandhabt werden, desto mehr scheinen sich die Bedenken gegen ihre Zweckmäßigkeit zu häufen. — Die Novelle vom 17./20. Mai 1898 suchte in der Hauptsache, allerdings vorläufig, den Notstand zu beseitigen, der sich mittlerweile für die Revisions-

instanz aufgetan hatte. — Ein anderer, zweifellos gesunder Vorschlag der Regierungen indessen: die Übernahme des österreichischen sogenannten „Vortermins“ wurde vom Reichstage abgelehnt, — hauptsächlich wohl infolge Widerstandes der Rechtsanwaltschaft, die jede, wenn auch geringe Lockerung des Anwaltzwanges zu verhindern sucht.[4]) — Dann kam es zum Verteidigungssturm auf dem „großzügigen“ Berliner Juristentage von 1902: die in Wahrheit „erdrückende“ Mehrheit der Teilnehmer ging auseinander mit dem einhelligen, stolzen Bewußtsein, daß das Heiligtum der „Z. P. O.“ nunmehr für alle Zeit gefeit sei gegen jeden Angriff, komme er, woher es auch sei. Allein, es war doch nur ein Pyrrhussieg bedenklichster Art, — und Recht haben schließlich behalten nur einige wenige aus der Zahl der damals Überstimmten, die sich trösteten mit einem: „noch ist nicht aller Tage Abend“. —

Denn der Ruf nach Prozeßreform ist seitdem wahrlich nicht verstummt, eher energischer geworden! Und mehr noch: die wiederholt in erster Reihe erhobene Forderung alsbaldiger Umgestaltung des Amtsgerichtsprozesses ist von den Regierungen als begründet anerkannt worden: bereits liegt der Entwurf eines Gesetzes vor, betreffend Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Zivilprozeßordnung, des Gerichtskostengesetzes und der Gebührenordnung für Rechtsanwälte. —

Der neue Novellenentwurf bringt einschneidende Veränderungen der Stellung und des Verfahrens unserer Amtsgerichte in Vorschlag:

1. Zunächst wird die Zuständigkeit der Amtsgerichte in Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche von 300 auf 800 Mark erhöht. Dabei bleibt jedoch der Anwaltszwang trotz solcher Zuständigkeitserhöhung nach wie vor für die amtsgerichtlichen Prozesse ausgeschlossen.

2. Für das Verfahren bis zum Erlasse des Urteils wird an Stelle des Parteibetriebs der Amtsbetrieb in vollem Umfang eingeführt. Damit zusammenhängend ist dem Gerichte gestattet: Anordnungen, die nach der Klageschrift oder den vorbereitendeu Schriftsätzen zur Aufklärung des Sachverhältnisses dienlich erscheinen, schon vor der mündlichen Verhandlung zu treffen.

3. Die richterlichen Funktionen in der mündlichen Verhandlung sind gesteigert (sog. materielle Prozeßleitung): das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis mit den Parteien zu erörtern. Die Begründung fügt hinzu: Hierdurch wird dem Richter nicht die Befugnis eingeräumt; die Parteien zu Erklärungen, die sie nicht abgeben wollen, zu veranlassen; sondern es soll nur der Richter ausdrücklich darauf hingewiesen werden, daß er eine Partei, die ihre Rechte durch einen erschöpfenden Vortrag des Sachverhalts nicht genügend wahrzunehmen vermag, zu diesem Zwecke — unbeschadet der Vorschrift im § 157 Abs. 2 Satz 1 — in geeigneter Weise zu unterstützen hat.

4. In Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche ist die Zulässigkeit der Berufung durch einen den Betrag von 50 Mark übersteigenden Wert des Beschwerdegegenstandes bedingt. — In Betreff des Wertes des Beschwerdegegenstandes kommen die Vorschriften der §§ 3 bis 9 zur Anwendung. — Der Berufungskläger hat diesen Wert glaubhaft zu machen; zur Versicherung an Eidesstatt darf er nicht zugelassen werden. —

In diesen vier Absätzen dürften die entscheidenden Neuerungen der Novelle zusammengefaßt sein. Im übrigen ist, soviel ich sehe, mit Sorgfalt und Erfolg das Amtsgerichtsverfahren nach der technischen Seite sehr erheblich verbessert

worden, mehrfach durch Anlehnung an das erprobte Verfahren vor den Gewerbegerichten und Kaufmannsgerichten. Der übernommene „Amtsbetrieb“ hat zur Folge, daß das Verfahren sich einfacher und für den Laien verständlicher gestaltet.

Man wird schwerlich behaupten können, daß der Amtsgerichtsnovelle allseitig freundlicher Empfang geworden wäre. Adolf Wach vor allen wirft mit scharfer Kritik seine Autorität in die Wagschale, und zwar durchaus zu Ungunsten des Entwurfs, hervorhebend, daß nur für den Parteiprozeß gesorgt sei, während doch zugleich eine Reihe von Vorschriften mit Vorteil auch auf den Anwaltprozeß anwendbar gewesen wäre. Dies ist zuzugeben, doch würde eine sorgfältige Revision der Arbeit solchen Mangel leicht beseitigen können.[5])

Sodann wird die vorgeschlagene Beschränkung der Berufung angegriffen: „wie soll man den gröbsten Prozeßverstößen bei inappellabler Sache begegnen! Doch nicht mit einer Rechtsbeschwerde. Das gäbe einen neuen desorganisierenden Einbruch in die Z. P. O. Die Inappellabilität bringt solchen ohnedies“. — Aber sind denn unserem Gesetzgeber die Hände gebunden gegenüber der Z. P. O.? quo jure wären wir denn verpflichtet, falls das Bedürfnis zum „Einbruch in die Z. P. O.“ gegeben sein sollte, vor einem solchen Schritte scheu zurückzuweichen? Ganz entscheidend für Wachs Stellungnahme endlich ist seine Behauptung: „wir können ohne Schaden, ja mit Vorteil und in richtiger Würdigung der veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse die amtsrichterliche Kompetenz steigern; zum Teil durch Erweiterung des § 23 Nr. 2, zum Teil durch Erhöhung der Wertgrenze — aber keinesfalls bis zu 800 Mark“. — Ich halte das doch nicht für überzeugend! Ziffermäßige Grenzziehung bei Abstufungen des Rechtspflegeumfanges und der Rechtspflegeart tragen eben immer ein Stück

Willkür in sich; nur nachträgliche sorgfältige Beobachtung vermag sicheren Aufschluß darüber zu geben, ob die trennende Ziffer in der Tat gerecht gewählt war. Der Gesetzgeber muß in solcher Lage den Mut der Überzeugung haben, und schlimmsten Falls sich für spätere herbe Vorwürfe wappnen. Beweis für die Zukunft anzutreten ist eben unmöglich. Deshalb aber erscheint es mir auch nicht geraten, mit Rücksicht auf derart unvermeidliche Bedenken und Zweifel, einen im übrigen brauchbaren Gesetzesvorschlag schlechtweg scheitern zu lassen. Und daß der Entwurf der neuen Novelle sehr wohl brauchbar ist, manche wertvolle, unser Gerichtswesen bessernde Vorschrift enthält, darüber ist garnicht zu streiten. „Experimentierlust“, vor der Wach warnt, kommt wahrlich heute, da unsere Rechtspflegeeinrichtungen sich als besserungsbedürftig erweisen, nicht in Frage. Und wenn Wach schließlich — wie schon so oft vorher, wiederholt: wer gute Früchte ernten will, muß warten können“, — so wird doch wohl endlich einmal auch ein zweifelndes „quo usque tandem“? gestattet sein![6])

Neben Wach hat sich dann auf dem Leipziger außerordentlichen Anwaltstage vom 23. November 1907 noch ein zweiter, vielköpfiger Gegner der Amtsgerichtsnovelle gestellt. Ich meine den deutschen Anwaltsstand, dessen Vertreter für geboten hielten, die Verhandlung in einen Antrag auf Bewilligung von 20000 Mark zur Agitation gegen die Novelle ausmünden zu lassen. Der Antrag wurde genehmigt, erschien aber offenbar nicht energisch genug, denn unmittelbar darauf erhöhte die Versammlung mit großer Mehrheit die Agitationssumme auf 30000 Mark.[7])

Nach diesen ersten, überscharfen Beurteilungen schon jetzt das Scheitern der Novelle voraussagen zu wollen, wäre gewiß verfehlt; haben doch auch mehrfach Akademiker und praktische

Juristen: Richter, wie Anwälte, den Entwurf für verwertbar und leicht verbesserungsfähig erklärt. Und übersehen werden darf nicht, daß — wenn das Reichsjustizamt auch einstweilen eine Gesamtreform unseres Gerichtswesens abgelehnt hat — die Einzelreformen doch überall ihren Ausgang nehmen von dem gefährdetsten Punkte, von der amtsrichterlichen Jurisdiktion, die durch die Sondergerichte bei Seite geschoben zu werden droht. Mit Hellwig[8]) halte ich deshalb für dringend geboten, daß wir zunächst uns bescheiden: uns auf den Boden des Entwurfs stellen und auf dieser Grundlage versuchen, „wenigstens in den wichtigsten Punkten eine Reform durchzusetzen." — Dementsprechend bringt Hellwigs Schrift eine Reihe bedeutsamer, wohlbegründeter Besserungsvorschläge, deren Inhalt ohne Schwierigkeit schon jetzt sich dem Gesetze einfügen ließe. In den Vordergrund zu stellen ist hier die folgende Vorschrift (§ 278 a):

„Die Parteien haben sich wahrheitsgemäß zu erklären. Stellt die Partei oder ihr Vertreter in einer mündlichen Verhandlung oder in einem nicht nur vorbereitenden Schriftsatze eine tatsächliche Behauptung auf, obwohl sie ihre Unwahrheit kennen, oder wird von ihnen die Wahrheit einer Tatsache wider besseres Wissen bestritten, so ist, unbeschadet einer nach dem Strafgesetzbuch eintretenden Bestrafung, eine Prozeßstrafe im Betrage von 20 Mark bis 500 Mark zu verhängen. Die Strafe fließt znr Armenkasse des Ortes des sie verhängenden Gerichts." [9])

Ich kann diesen Entschluß nur dankbar begrüßen! Habe ich doch niemals mit der Überzeugung zurückgehalten, daß der deutsche Zivilprozeß — einerlei auf welchen Grundlagen man ihn aufbauen möge, — die Wahrheitspflicht der Parteien nicht entbehren könne. Es ist undenkbar, daß wir noch ferner-

hin uns brüsten mit dem im materiellen Rechte durchgreifenden Grundsatze von „Treu und Glauben“, um dann im Prozesse, der doch dem materiellen Rechte die Bewährung zu schaffen hat, — der Prozeßlüge freien Raum zu lassen!

Ob wohl in der Tat eine stattliche Schar von Gegnern es auf sich nimmt, der durchgreifenden Wahrheitspflicht der Parteien einen Platz im Zivilprozeßrechte zu verwehren? —

Mit Hellwig halte ich ferner für wertvoll den erweiterten § 501 des Entwurfes, der dem Gerichte die Befugnis gibt „Anordnungen, die nach der Klageschrift oder den vorbereitenden Schriftsätzen zur Aufklärung des Sachverhalts dienlich erscheinen, schon vor der mündlichen Verhandlung“ zu treffen. Als solche vom Gerichte selbständig zu treffende Anordnungen werden u. a. aufgeführt: Vorlegung von Urkunden, Einziehung amtlicher Auskünfte von Behörden, Ladung von Zeugen und Sachverständigen. — Obgleich die Schlußsätze des § 501 bereits vorsichtig Einschränkungen aufweisen, hat man den Gesetzesvorschlag dahin verstanden, daß derselbe die Inquisitionsmaxime („entsetzlich!“) an Stelle der Verhandlungsmaxime übernehmen wolle. Um diese „dem Vaterlande drohende Gefahr“ auszuschließen, hat Hellwig, im voraus beruhigend vorgeschlagen, den § 501 die folgende, weniger gefahrvolle Fassung zu geben: „das Gericht hat auf Grund der Klagschrift oder der vorbereitenden Schriftsätze oder auf schriftlichen Antrag einer Partei, solche Anordnungen zu treffen, die nach den Umständen geeignet sind, Vertagungen zu verhüten“ usw.

Hellwigs Abänderungsvorschlag mit seiner doch ernst gemeinten Begründung scheint mir nicht frei von berechtigtem Sarkasmus!

Was sind wir Juristen im deutschem Reiche doch für wunderliche Heilige mit unserem nicht fortzuschaffenden tiefen

Respekt vor Schlagworten aller Art: „Verhandlungsmaxime“ hier und „Inquisitionsmaxime“ auf der anderen Seite — das genügt, um die besten Freunde verstimmt auseinander zu scheuchen! Und dabei handelt es sich am Ende um nichts mehr, als ein paar technische Ausdrücke, mit denen jeder einzelne, just, wie ihm beliebt, die eine oder andere Vorstellung verbindet.

Gönner ist es gewesen, der vor 100 Jahren unsere Rechtssprache um das recht oberflächliche Wort „Verhandlungsmaxime“ bereicherte (Handbuch Bd. 1, S. 182 ff.). Oberflächlich erscheint mir das Wort, weil man aus ihm allein nichts entnehmen kann, — wird doch in jedem Prozesse „verhandelt“! — Der Verhandlungsmaxime stellt Gönner die Untersuchungsmaxime gegenüber, die heute ab irato als Inquisitionsmaxime bezeichnet wird. Aber Gönner selbst schreibt (a. a. O. § 6) „für jede dieser beiden Maximen lassen sich aus der Natur der Sache so viele Gründe anführen, daß jede derselben mit dem Zwecke der richterlichen Gewalt sehr gut übereinstimmt; und es ist Irrtum, wenn man die Verhandlungsmaxime für die einzige ausgibt, auf welche eine Ordnung des Verfahrens berechnet sein kann. Jede dieser beiden Maximen ruht auf hinreichenden Gründen; aber keine von beiden schließt die andere aus. — Und in den §§ 4 und 5 gibt Gönner dann folgende Definitionen: „Nichts von Amtswegen“ ist Kennzeichen der Verhandlungsmaxime; „Alles von Amtswegen“ Kennzeichen der Untersuchungsmaxime. Ich würde gern mein Lebtag einen Prozeß beobachten, in dem nichts von Amtswegen und einen anderen, in dem alles von Amtswegen geschähe! Aber so etwas gibt es leider nicht. — Dann ist aber doch die Frage gestattet, weshalb wir derartig wertlose „Grundsätze“ in nahezu religiösem Respekt seit einem Jahrhundert durch unsere Vor=

lesungen, Lehrbücher und Handbücher schleppen. Freilich ist damit zum Streiten reichliche Gelegenheit gegeben, — aber nur zu müßigen Streiten! Handelt es sich doch einzig um die Frage, wie Macht und Tätigkeit des Richters gegenüber den Parteien, bezw. Befugnis der Parteien gegenüber dem Richter begrenzt werden soll. Darüber kann aber eben nur die gesetzliche Vorschrift in der in Frage kommenden Prozeßordnung entscheiden.

Und so steht es auch mit dem neuen § 501 des Novellenentwurfs: es ist herzlich gleichgiltig, ob der eine Theoretiker darin zuviel „Untersuchungsmaxime", der andere zuviel „Verhandlungsmaxime" erblickt. — Lassen wir doch diesen drückenden unnützen Ballast bei Seite, fragen wir uns ehrlich, ob der Gesetzesvorschlag zweckmäßig erscheine oder nicht, und entscheiden wird danach.

Nach solch richtiger Stellungnahme konnte Ernst Heinitz, mit der ihm eigenen Objektivität, sein zutreffendes Urteil, wie folgt abgeben (D. J. Z. 1907, S. 1174/75): „Zu den bedeutsamsten Neuerungen (des Novellenentwurfs) mit Bezug auf die Gestaltung des Verfahrens rechne ich den der österreichischen Zivilprozeßordnung nachgebildeten § 501, wonach das Gericht Anordnungen, die zur Aufklärung des Sachverhältnisses dienlich erscheinen, schon vor der mündlichen Verhandlung treffen darf, so daß die erste mündliche Verhandlung, wenn möglich auch die Beweisaufnahme umfaßt. Wird davon in verständiger, weder allzu ängstlicher noch leichtfertiger Weise Gebrauch gemacht, und werden die der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung und der Beweisaufnahme dienenden Maßnahmen von den Parteien und ihren Vertretern nicht durch Vertagungsanträge vereitelt, so liegt nach meiner Ueberzeugung im § 501 des Entwurfs die Quintessenz der gesamten Reform des Zivil-

prozesses; bewährt sich die Vorschrift innerhalb des amtsgerichtlichen Verfahrens, so wird ihre Übertragung auf den Anwaltsprozeß, für den sie auch nach der österreichischen Zivilprozeßordnung gilt, keinem Bedenken unterliegen.

Bekanntlich gilt eine dem besprochenen § 501 analoge Vorschrift auch für das preußische Verwaltungsstreitverfahren. Das preußische Gesetz vom 2. August 1880, betreffend die Verfassung der Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsstreitverfahren bestimmt im § 46: „Das Gericht ist befugt — geeignetenfalls schon vor Anberaumung der mündlichen Verhandlung — Untersuchungen an Ort und Stelle zu veranlassen, Zeugen und Sachverständige zu laden und eidlich zu vernehmen, überhaupt den angetretenen oder nach dem Ermessen des Gerichts erforderlichen Beweis in vollem Umfange zu erheben."

Stein (D. J. Z. 1907, Sp. 1287) bemerkt zum § 501, daß mit demselben „ein herzhafter Griff in die Inquisitionsmaxime hineingetan sei", ist aber bereit, die Maßregel, wenn sie praktisch gut sei, willkommen zu heißen, steht mithin auf dem auch von mir oben vertretenen Standpunkt. Stein rügt aber auch mit Recht die allzu vorsichtige Begründung, nach der ausgeschlossen sein soll, daß von dem Gerichte Zeugen vernommen werden, auf deren Zeugnis keine der Parteien sich in der mündlichen Verhandlung berufen hat. Ich hoffe, daß eine vernünftige Praxis, ihrem guten Rechte gemäß, das Gesetz ausgiebig und erfolgreich anwenden und über die Begründung hinwegsehen werde. —

Übrigens ist die Vorschrift des § 501 wohl legitimiert als gutes altes und offenbar zweckmäßiges deutsches Recht. Nach den Tiroler Landesordnungen von 1526, 1532, 1573 berichtet von Canstein (Lehrb. I, S. 128) über das Tiroler

Recht, wie folgt: „Der Klage geht voran und folgt nach ein Vergleichsversuch. Die prozeßhindernden Einreden sind vor der Streiteinlassung zu verhandeln. Die ganze Verhandlung, mit Ausnahme der Zeugenbeweisaufnahme, welche vor dem Beginn des Prozesses protokollarisch und geheim erfolgt, ist mündlich und öffentlich. Der zugrunde liegende, praktische Gedanke war damals, wie heute derselbe: zu guter rascher Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung empfiehlt es sich, das vollständige Streit- und Beweismaterial vor Beginn des Prozesses zu sammeln und bereit zu halten.“ —

Wenn ich auch an dieser Stelle nur beiläufig auf die Amtgerichtsnovelle eingehen kann, so möchte ich mir doch zwei Bemerkungen erlauben:

1. wäre nicht ein klarstellender Zusatz zum § 510c Abs. 2 zweckmäßig? Die Kommentare scheiden scharf zwischen der mißlungenen Vergleichsverhandlung und der unmittelbar sich anschließenden Streitverhandlung. Danach käme eine für den Kläger günstige Äußerung, die der Gegner in der Vergleichsverhandlung gemacht hätte, für die förmliche Streitverhandlung gar nicht in Betracht; und das könnte doch zu einem in solchen, freier zu behandelnden Fällen unliebsamen Ergebnisse führen. Mir schiene es richtiger, den Formalismus nicht zu überspannen und zu dem Zwecke den Schlußsatz des Abs. 2, wie folgt zu gestalten: „die Erhebung der Klage erfolgt in diesem Falle durch den mündlichen Vortrag und die vorausgegangene Vergleichsverhandlung gilt als Teil der Verhandlung in der eingeleiteten Klagesache.“ Was sich hiergegen vom formal-technischen Standpunkte sagen ließe, ist mir klar, aber der Gesetzgeber darf doch die von ihm selbst gegebene Regel durchbrechen, wenn damit ein verständlicheres Ergebnis, ein wenn auch geringes plus an bona fides erreicht werden könnte.

2. Neben der regelmäßigen Klageerhebung durch Zustellung § 496 Abs. 2, läßt also der Entwurf der Klageerhebung durch mündlichen Vortrag zu, und zwar im §§ 500 Abs. 2 und 510 c Abs. 2, (so auch das Gesetz).

Warum werden diese Sonderbestimmungen nicht verallgemeinert? Warum wird nicht dem Kläger gestattet, schlechthin nach Ladung des Beklagten seine Klage durch mündlichen Vortrag zu erheben? — Für den kleinen Mann, der in geringer Sache vor seinen Richter treten will, wäre es doch bequem, wenn er — ohne zuvor über den Anspruch vor dem Gerichtsschreiber verhandeln zu müssen — die Ladung erwirken und danach im Termin mündlich klagen könnte. So wurde es auch stets, oder doch sehr häufig im früheren sächsischen Rechte gehalten. Das ergab ein rasches mündliches Verfahren, meist bis zum Urteil ohne alle Schriftlichkeit: das Ideal eines einfachen, billigen Prozesses![10])

Aber die neue Novelle, mag sie auch noch so gut gemeint und noch so verbesserungsfähig sein, — sie kann uns heute schon schwerlich mehr genügen, — ist sie doch nach Umfang und Inhalt nur ein, wenn auch dankbar zu begrüßendes Symptom dafür, daß unser so überaus zurückhaltender, vorsichtiger Gesetzgeber es endlich für geboten hält, an die längst schon erhoffte und geforderte durchgreifende Revision unserer Rechtspflege-Einrichtungen heranzutreten. Die Zeit des unentschlossenen Abwartens, der vereinzelten Besserungsvorschläge, der sogenannten „kleinen Mittel" ist abgelaufen; die Bemängelung dieser oder jener Gesetzesvorschrift, oder gar der Vorwurf unzweckmäßiger Gesetzeshandhabung, — das alles macht heute keinen Eindruck mehr.

Denn das Jahr 1906 hat uns eine andere, weitaus um-

fassendere Angriffsbewegung gebracht: handelt es sich doch um ein Verdikt über unser gesamtes Gerichtswesen, wie es sich ausgestaltet hat auf Grund der Reform der siebziger Jahre.

Und ein solcher Gesamtangriff auf unser derzeitiges Gerichtswesen schlechthin — nach seinen Grundlagen, wie nach seinen Ergebnissen — war allgemach unvermeidlich geworden Das haben sicher mit mehr oder weniger Bewußtsein die Vielen (Juristen wie Laien), empfunden, die aufmerksam gefolgt sind den zahllosen, immer wieder auftauchenden Bezeugungen des Unbehagens, der Unzufriedenheit, wohl auch des Mißtrauens: in der Tagespresse, wie in der Fachliteratur und — nicht zuletzt! — in unseren gesetzgebenden Körpern, in den Landtagen, wie im Reichstage! Seit alters pflegt unser Volk, wenn ihm die staatliche Rechtspflege nicht mehr befriedigend, oder gar unverständlich erscheint, in rasch wachsendem Umfange zu den Schiedsgerichten zu greifen; solche symptomatische „Gerichtsflucht" hat sich, wie oft genug berichtet wurde, in den letzten Jahrzehnten wiederholt gezeigt. Bedenklicher ist noch der Ruf nach Sondergerichten, dem die Reichsgesetzgebung selbst Vorschub geleistet hat mit der Einrichtung der Gewerbegerichte und danach der Kaufmannsgerichte. Nichts ist sicherer, als daß auf diesem Wege das Vertrauen der Bevölkerung zu den sogenannten „Niedergerichten", zu unseren „Amtsrichtern" schwer geschädigt werden mußte. Ist doch keineswegs gleichzeitig den Amtsgerichten dasselbe einfachere, verständlichere und — billigere Verfahren zugewiesen worden, wie den Sondergerichten. — Ein verhängnisvoller Schritt, — ich scheue mich nicht, zu sagen: eine handgreifliche Ungerechtigkeit; — es sei denn, daß man entschlossen gewesen wäre, die Amtsgerichte durchweg als Schöffengerichte zu organisieren. Letzteres war aber damals keineswegs geplant. Fast möchte man sagen, daß durch solches

Vorgehen gewaltsam von oben herab die Autorität der deutschen Amtsgerichte gebrochen wurde, d. h. derjenigen Gerichtsstelle, mit der allein die breite Masse unseres Volkes bei Erledigung ihrer Rechtshändel in Berührung kommt. Derartig widerspruchsvolle Gestaltungen erträgt unser Volk nicht ohne schwere Einbuße am Vertrauen zur Rechtspflege: eine Rechtspflege aber, die nicht überall vom Vertrauen der Rechtsuchenden gestützt wird, ist niemals imstande, ihre hohe Aufgabe ganz zu erfüllen, — mag der einzelne Richter auch noch so treu und hingebend seiner Pflicht nachgehen. Dies aber ist der betrübende Mißstand: nach bald dreißigjährigem Bestehen der Justizorganisation von 1877 zeigt sich in unserem Volke eine tiefe Verstimmung; wir sind irre geworden an unserem Gerichtswesen; das rechte, freudige Vertrauen zu demselben ist uns je länger desto mehr verloren gegangen!

Steht es aber erst so in einem großen, wohlgefügten Staatswesen, dann ist das „videant consules“ am Platze! Jedermann mag den Ruf erheben, — tut er damit doch nur seine Pflicht. — Aber freilich, nicht jeder Warnungsruf wird gehört, oder gar mit willigem Ohr vernommen. Man fragt — und mit Recht! — zunächst, wer es denn sei, der sich unterfange als Warner aufzutreten; — und wem die Warnung ungelegen kommt, der findet leicht einen Grund, um dem lästigen Ruhestörer die Berechtigung zu solchem Vorgehen abzusprechen! Es ist eben nicht anders: ohne Not läßt man sich ungern aufrütteln, denkt man nicht darüber nach, ob das, was wir Jahrzehnte hindurch gewohnheitsmäßig, als nun einmal vorhanden, gelten ließen, ob es auch heute noch eine ernste Kritik zu ertragen, den berechtigten Ansprüchen unseres Volkes zu genügen vermöge.

Der Oberbürgermeister von Frankfurt a. M., Dr. Franz Adickes hat es auf sich genommen, in einer am 30. März 1906 im preußischen Herrenhause gehaltenen Rede über unser Justizwesen — das „videant consules“ auszurufen, und hat danach zur Ausführung seiner Betrachtungen in einer Druckschrift „Grundlinien durchgreifender Justizreform“ für das Deutsche Reich gezogen.

Mich will es bedünken, daß dem Büchlein gute Zeichen zur Seite stehen für den Weg der vor ihm liegt.

Daß der Boden vorbereitet ist, vorbereitet sein muß allgemach für kräftige, weithin hallende Schritte, — das bezweifelt wohl niemand. — Von größerer Bedeutung dürfte aber sein, daß die Person des Verfassers manchen Stein des Anstoßes bei Seite schieben wird. Es gilt eben auch hier das „duo cum faciunt idem, non est idem“. Dem unmittelbar aus Richterkreisen erhobenen Wunsche nach Besserung der Lage des Standes, nach Erhöhung desselben, begegnet so leicht der Vorwurf unberechtigter Unzufriedenheit, der dann wieder geeignet ist, den Mißmut zu steigern. Andererseits ist es auch nur natürlich, daß die von den Richtern selbst gemachten Reformvorschläge, weil sie zumeist an einzelne bestimmte in der Praxis besonders hervortretende Mängel und Schwierigkeiten anknüpfen, nicht immer schon den Weg weisen, auf dem die gewünschte Veränderung durchzuführen wäre, ohne Störung des ganzen Zusammenhanges unserer Gesetzgebung, zumal der so überaus schwierigen, in Aufbau und Fassung oft gekünstelten Zivilprozeßordnung. — Dasselbe gilt, und zwar noch in weit höherem Maße, von der heute schon kaum mehr zu bewältigenden literarischen Mitarbeit der Anwaltschaft auf diesem Gebiete (man denke nur an die zahllosen größeren und kleineren Beiträge zur Reform, in der „Juristenzeitung“, im „Recht“ usw.).

Die Rührigkeit unserer Anwälte nach dieser Richtung hin ist gewiß nicht zu unterschätzen. Aber umgekehrt darf auch nicht übersehen werden, daß es dem Anwaltstande bei Beurteilung von Justizreformfragen oft genug an rechter Objektivität mangelt; ein Mangel, über den fast ebenso oft billigerweise hinweggesehen werden muß. Denn unser Anwaltstand kämpft pro domo. Er muß das tun, seitdem Leonhardt in jener denkwürdigen Reichstagssitzung vom 18. November 1876 selbst bekannt hatte: „Der Punkt, — der entscheidend ist über das Schicksal der Zivilprozeßordnung und die ganze Zivilrechtspflege, liegt in der richtigen Regelung der Verhältnisse der Anwaltschaft. Wenn diese nicht erfolgt in richtiger Weise, kann allerdings die Zivilrechtspflege Gefahren ausgesetzt sein.“ — Ob die Regelung der Verhältnisse unserer Anwaltschaft nachher mit glücklicher Hand durchgeführt worden sei, — ist zum mindesten eine noch offene Frage. Der Kampf aber, den unsere Anwälte um ihre Stellung im Justizwesen kämpfen, ist schwer genug und nach Geschichte und Gewohnheit unseres Volkes nicht gerade immer aussichtsvoll auf deutschem Boden.[11])

Also: die „Grundlinien durchgreifender Justizreform“ sind schon deshalb zu Schutz und Trutz nicht übel gedeckt, weil sie weder einen deutschen Richter, noch einen deutschen Rechtsanwalt zum Verfasser haben. Wer das Buch aufschlägt in der Meinung daselbst auf einseitige Vertretung der Interessen des einen oder des anderen Standes zu stoßen, dem wird von vornherein die Angriffswaffe aus der Hand gewunden: Franz Adickes hat sich auf die hohe Warte des Staatsmannes gestellt. Von dort aus ist sein Blick auf das Ganze gerichtet. Er ist durchdrungen von dem Bewußtsein, daß gute, vom Volke anerkannte Rechtspflege noch immer der sicherste Stützpfeiler eines gesunden Staates sei. Ihm tritt

entgegen die heute bei uns leider so reichlich an unserem Gerichtswesen geübte abfällige Kritik, die mehrfach nachweisbare Abwendung des Volks von den staatlichen Gerichtseinrichtungen. Er forscht den Ursachen nach, glaubt solche, angesichts des englisch-schottischen Gerichtswesens, in handgreiflichen Mängeln unserer Einrichtungen zu erblicken und übergibt uns „Betrachtungen und Vorschläge“, die — immer vom Bedürfnisse des Ganzen ausgehend, — auf dessen Stärkung und Festigung gerichtet, — die Gesundung unseres Gerichtswesens, soweit es zu kranken scheint, zum Ziele haben! Gewiß, ein kühnes, selbstbewußtes Unternehmen des einzelnen Mannes, soweit es am letzten Ende hinausläuft auf eine Umgestaltung alles dessen, was manche unter uns seit bald 30 Jahren als unantastbaren, von Frankreich entliehenen Schatz hochgehalten haben. Aber es ist immer wieder zu betonen, daß Adickes der erste ist, der im Interesse des Reichsganzen — nicht etwa nur mit Rücksicht auf einzelne Mängel der Gesetzgebung — die Inangriffnahme der Justizreform fordert. Und was er in Aussicht stellt, ist wahrlich höchsten Strebens wert: „eine zugleich autoritative und mitten im Leben stehende Justiz“! —

Kaum zwei Jahre sind seit jener Herrenhausrede verflossen und bereits liegt eine ganze Spezialliteratur vor von Broschüren, von Aufsätzen in Fachzeitschriften, von größeren und kleineren Artikeln in den Tagesblättern. Unser Juristenstand hat den selbständigen, energischen und tiefgreifenden Erörterungen des Frankfurter Oberbürgermeisters reichliches Interesse entgegengebracht. In die lebhafte, zum Teil leidenschaftlich geführte öffentliche Diskussion hat dann Adickes selbst nochmals eingegriffen mit einer zweiten zusammenfassenden Druckschrift: „Zur Verständigung über die Justizreform“. Vorläufig aber dürften die Verhandlungen pro und contra ihren Höhe-

punkt überschritten haben und der Rückblick hinterläßt doch wohl die Empfindung, als sei nur wieder einmal ein stürmischer Angriff gegen unser Prozeßgesetz siegreich abgeschlagen worden: dabei hat sich vielleicht hier und da ein brüchiger Stein, ein kleiner Riß im Mauerwerk gezeigt, aber erhebliche Schädigung ist nicht dargetan, der Bau von 1877 hat auch heute wieder sein sicheres, festes Gefüge bewährt. —

Es wäre bedauerlich genug, wenn dieser, bei oberflächlicher Betrachtung gewonnene Eindruck in der Tat der Sachlage entspräche. Adickes ist vielmehr im Rechte, wenn er sich beruft auf den Ausspruch des Staatssekretärs Nieberding in der Reichstagssitzung vom 12. März 1907: „selten hat eine Veröffentlichung, selten haben neue legislatorische Vorschläge in der Weise weite Kreise zu neuen Gedanken und Wünschen angeregt, wie die von Adickes ausgegangenen."

Und mag man sachlich auf den ersten Blick für oder gegen diese Anregungen Stellung nehmen, — sie sind denn doch zu bedeutsam, zu gedankenreich, als daß nicht jeder Einzelne, dem das Ansehn und die Güte unserer Rechtspflege am Herzen liegt, verpflichtet wäre, diese zahlreichen, zum Teil uns völlig fremd erscheinenden Reformvorschläge in ernster, gewissenhafter Arbeit auf ihre Brauchbarkeit auch für unser Staatswesen zu prüfen.

Allein, wenn auch hiernach auf reichliche Mitarbeit der Fachgenossen zu rechnen war, so fragt sich immerhin, ob eine solche auch in richtiger, zweckmäßiger Art erfolgt ist. Nichts ist heute beliebter — und dadurch kennzeichnet sich eben die Übergangszeit! — als Gesetzeskritik im einzelnen, verbunden mit Verbesserungsvorschlägen, die wiederum nur Einzelheiten in Betracht ziehen. Typisch ist nach dieser Richtung hin insbesondere die Zeitschriften-Rubrik „zur Reform des Zivil-

prozesses", sie „will sich nimmer erschöpfen und leeren", und verleidet damit wohl auch manchem wackeren Taucher das Handwerk, — ist es doch dem Einzelnen kaum mehr möglich die Flut von Sondervorschlägen zu sammeln oder gar nur einigermaßen sicher zu beherrschen. — Und doch, so zweckmäßig, so wohl durchdacht, so gut gemeint alle diese kleinen und größeren Artikel, Notizen, Bemerkungen sein mögen, — es handelt sich dabei im Durchschnitt immerhin nur um Eintagsarbeit. Das liegt in der Natur der Sache: selbst hervorragende Auseinandersetzungen und Hinweise büßen an ihrer Bedeutung ein, eben weil die kurze, flüchtige, vielleicht auch zum Teil einseitige Darstellung nicht gleich den Beweis zu liefern vermag, daß der neue Vorschlag dem Ganzen des Gesetzes — zumal dieses Gesetzes! — sich ungezwungen angliedern lasse. Ein Quantum, sei es auch trefflichster Einzelparagraphen gewährleistet noch nicht die Güte eines ganzen Gesetzes, erst der innere Zusammenhang der Bestimmungen vielmehr entscheidet.

Und vollends den Adickesschen Reformvorschlägen gegenüber wäre zur Zeit eine solche ins Einzelne gehende Arbeit wenig am Platze. Fast will es mir sogar scheinen, als ob Adickes selbst, gedrängt von den vielen Gegnern und Zweiflern, die er „aufgerüttelt" hat, bereits zu weit gegangen wäre mit dem Versuche, die Verwertbarkeit englischer Justiz-Einrichtungen auch auf deutschem Boden im Einzelnen, bezw. an Beispielen nachzuweisen. Damit wäre leicht die Gefahr einer Verwirrung der Diskussion heraufbeschworen, wenn nicht Adickes, gleich in der ersten Schrift (I, 125), ausdrücklich darauf hingewiesen hätte, daß zunächst und vor allem es nur darauf ankomme „eine Reihe von Rechtsgedanken" zu prüfen, die uns zur Zeit bei Betrachtung der englischen Rechtspflege fremdartig entgegentreten, Rechtsgedanken, auf deren Verwendung gerade

diejenigen englischen Rechtseinrichtungen beruhen, deren praktische Erfolge wir füglich mit einem gewissen Erstaunen, doch offen und ehrlich anerkennen müssen. Es ist eben eine allseitig durchgreifende Reform, die Adickes anstrebt, und danach „kann es sich einstweilen nur um die Feststellung der Grundlagen und die Aufrichtung der Ziele handeln, welche demnächst für die juristisch-technische Arbeit maßgebend sein sollen" (I, S. VII). Und in der zweiten Schrift von Adickes findet sich bereits am Eingange (S. 7) die unzweideutige Erklärung: „bei genauerer Betrachtung zeigt sich — daß der eigentliche, der Hauptzweck der vorausgegangenen Veröffentlichungen, die Eröffnung einer eingehenden sachlichen Erörterung der angeregten neuen Gesichtspunkte — nur zum kleineren Teile erreicht worden ist."

Mit diesen Ausführungen ist, wie die Aufgabe, so auch der Weg zu ihrer Lösung sicher und scharf gezeichnet. Aber die Arbeit, zu der Adickes aufgerufen hat, ist eine schwierige und zugleich entsagungsvolle, handelt es sich doch vielleicht auf lange hinaus nur um eine Vorarbeit, die erst einer späteren Zeit das Material zur Beschlußfassung liefern soll! —

Solche Vorarbeit hat also zuerst diejenigen Rechtsgedanken bloßzulegen, auf denen sich das heutige englische Justizwesen aufbaut, und diese Rechtsgedanken wiederum sind einer sorgfältigen kritischen Erörterung zu unterwerfen. Es ist zu untersuchen und festzustellen, ob von den Grundlagen englischer Rechtseinrichtungen die eine oder die andere geeignet erscheint, behufs durchgreifender Justizreform auch von uns übernommen zu werden, sei es in gleicher oder ähnlicher Form, bzw. in gleichem, größerem oder geringerem Umfange. Nicht gedankenlose Nachahmung kann uns nützen, vielmehr ist bewußt zu unterscheiden zwischen eigenartigen Bildungen englischen Rechts-

lebens, die eben nur im Ganzen des englischen Rechts ihren Ursprung und ihre Bedeutung haben; und solchen Rechtsgedanken, die „einen gewissermaßen universalen Charakter haben und deshalb auch auf anderem Boden verwendbar sind." Eines schickt sich eben nicht für alle; es muß mit sicherer Begründung dargetan sein, daß eine zur Übernahme bei uns empfohlene fremdrechtliche Einrichtung auch im deutschen Gerichtswesen zweckmäßig wirken, guten Erfolg erzielen werde!

Hier nun wirft sich die entscheidende Frage auf: woher hat man bei solch verantwortlicher Differenzierung sichere Richtlinien zu entnehmen? Wann läßt sich von einem uns dargebotenen, anscheinend neuen Rechtsgedanken zuverlässig behaupten, daß er auch in unserem Gerichtswesen sich als zweckmäßig oder auch nur leidlich brauchbar erweisen werde? Des Satzes, daß das römische Recht „fundatam intentionem in jure" gewähre, sind wir heute ledig. Mit nichten ließe sich jedoch danach folgern, daß unser gesamtes heutiges Recht als „nationales Recht" [12]) anzusprechen wäre, und am allerwenigsten kann solcher Ehrentitel gerade den hier in Betracht kommenden, unser Gerichtswesen bestimmenden Gesetzen beigelegt werden: sind sie doch, auf fremdrechtlicher Grundlage ruhend, weit eher ein Danaergeschenk, das wir — in seltsamer Fügung (freilich zugleich mit der Reichseinheit) — aus dem besiegten Frankreich heimtrugen, und zwar mit Stolz und Zuversicht, trotz reichlicher, wohlgemeinter, bedeutsamer Warnungsrufe!

Daß damals die unerläßliche Vereinheitlichung des deutschen Gerichtswesens nur erreichbar war bei Übernahme französischer Rechtsgedanken, will ich nicht bestreiten. Allein seit Durchsetzung dieses gewichtigen Stückes deutscher Rechtseinheit erscheint mir im Weiterbestehen unserer Justizgesetzgebung von 1877

nur eine unfruchtbare Übergangszeit gekennzeichnet; eine Übergangszeit, wie sie vielleicht notwendig jeder in Wahrheit nationalen Gesetzgebung vorausgehen muß: die fremden Rechtsgedanken schlagen nicht Wurzel; bei Rechtsuchenden, wie bei Rechtspendenden herrscht dauernd eine gewisse Unsicherheit, ein Unbehagen, das sich nicht bannen lassen will. Wohl tauchen hin und wieder bescheidene Reformvorschläge auf: die schlimmsten Mängel wenigstens sollen beseitigt werden! — Aber, bei schüchternem, unsicherem Tasten nach Besserung geht die rechte selbstbewußte Entschlußkraft verloren, — derweilen „das Schwergewicht der mit den bestehenden Organisationen verwachsenen Interessen“ (I, S. VII) jeden frischen Aufschwung immer von neuem rücksichtslos niederzieht.

Hier gibts nichts zum Verschweigen noch vollends zum Bemänteln: Das Gerichtswesen im deutschen Reiche ist seit Jahren in schwerer Krisis befangen, und Kern des schleichenden Übels ist doch wieder einmal nur der Druck des volksfremden Rechtes. Die kleinen Mittel verschlagen nicht mehr und nach großen Zielen auszuschauen, haben wir anscheinend mittlerweile verlernt. — Aber aus so unerquicklichem Zustande heraus dürfen wir doch wohl mit uneingeschränktem Danke den hellen „Alarmruf“ begrüßen, der uns zu kräftigem Entschlusse mahnt, und uns den Weg weisen will, zur Erlangung „eines der höchsten nationalen Güter“, „einer starken, vom Vertrauen des Volkes getragenen Rechtspflege“ (I, S. VII). — Unmittelbar vorher (II, S. VII) hatte Adickes, wie erwähnt, als das, was uns aufs dringendste not tue, bezeichnet: „eine zugleich autoritative und mitten im Leben stehende Justiz.“

Ich frage mich, ob diese beiden umschreibenden Bezeichnungen einander schlechthin decken? — Unbedingt zwingend

ist das wohl nicht. Man kann sich eine mitten im Leben stehende, mit gewaltigen äußeren Machtmitteln ausgestattete Justiz vorstellen, die allein durch diese äußere Autorität sich nach längerer Gewöhnung dem Volke aufzuzwingen und danach sich dauernd zu erhalten vermag. — Nicht jedes Volk wird gewillt sein, sich unter solchen Druck geduldig zu beugen! Unser heutiges deutsches Volk sicherlich nicht; — hat es doch durch die Jahrhunderte bewiesen, daß es ein Rechtsvolk ist mit eigenen Rechtsgedanken, an denen es hängt. Nicht nur ein Mal, sondern wiederholt sind in Zeiten des Umsturzes unsere nationalen Rechtsgedanken zeitweilig verdeckt, verschüttet gewesen; jedoch verloren gegangen sind sie trotzdem nicht! Was an ihnen kerndeutsch, dem Volke lieb, verständlich, unentbehrlich war, das hat sich doch immer wieder emporzuringen gewußt; zunächst in stiller, zäher, unscheinbarer, vielleicht mißachteter Arbeit; — zuletzt aber wieder mit der alten ursprünglichen Kraft, sei es auch, wie der Lauf der Geschichte es mit sich bringt, in neuen Formen und unter Abstoßung dessen, was im Wandel der Zeiten sich füglich nicht mehr behaupten konnte. —

Mit diesen Erwägungen ist meines Erachtens der Ausgangspunkt gewiesen für jede „durchgreifende" Reform deutschen Gerichtswesens, wenn anders sie segensreich wirken und dauernden Erfolg sichern soll. Darüber täuscht auch Adickes sich nicht, fordert er doch eine vom Vertrauen unseres Volkes getragene Rechtspflege. Solche Rechtspflege ist aber auch heute für uns nimmermehr erreichbar, es sei denn, daß sie gegründet wird auf dieselben Rechtsgedanken, die seit alters bei uns sich bewährt haben. Das deutsche Volk hängt treu und zäh an seinem Rechte, hat gutes Gedächtnis für sein altes Recht. Der Meister, der sich des großen Reformwerkes unter-

fangen will, kann deshalb auf glückliches Gelingen nur hoffen, wenn er sorgsam und unverdrossen die Lehren unserer Rechtsgeschichte sich zu eigen macht, und mit scharf sichtendem Blicke aus der Vergangenheit unseres Rechtslebens das wetterfeste Baumaterial herbeiholt. Die vorausgehende suchende und prüfende Arbeit wird zwar reichlich ermüdend sein, aber als lohnend wird sie sich zweifellos erweisen. Und sind wir uns erst dessen bewußt, daß nur auf diesem Wege das Ziel zu erreichen sei, dann wird es uns auch an Kraft zur Bewältigung der schwierigen Arbeit nicht fehlen! — Deshalb nochmals, in allen Härte und Kürze: wer des Glaubens ist, er könne, ohne unsere Rechtsvergangenheit zu berücksichtigen, uns neue, brauchbare Rechtspflegeeinrichtungen bringen: der bleibt ein falscher Prophet in deutschen Landen: er wird Dauerndes gewiß nicht schaffen.[13]) Das eben ist die schlimme Erfahrung, die wir beim Wechsel und Wandel unseres Gerichtswesens wiederholt gemacht haben; zuletzt, und zwar eindringlich genug, an der überstürzten Gesetzgebung von 1877, die freilich — ich wiederhole es! — um deswillen milder beurteilt werden darf, weil ihr oberstes Ziel doch nur war: der ersehnten Rechtseinheit im neuen Reiche die Wege zu bahnen. Nach dieser Richtung kann auch der Arbeit der siebziger Jahre des vorigen Jahrhunderts ein bleibendes Verdienst gewiß nicht abgesprochen werden; — aber mehr an Lob vermag ich ihr nicht zu spenden! — Denn jene Zeit hat, mit souveräner Nichtachtung unserer Rechtsvergangenheit, in den beiden zusammengehörenden wichtigsten Gesetzen (Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassung) ein Werk geschaffen, das technisch hoch genug stehen mag, im übrigen aber aller nationalen Gedanken bar ist, statt solcher italienisch-französische Prozeßgrundsätze in den Vordergrund stellt, um dann schließlich — auf unzutreffende Zweckmäßig-

keitserwägungen hin — einem übertriebenen und deshalb unleidlichen Formalismus die Herrschaft zu überlassen. — In einer solchen Gesetzgebung hat dann unser Volk seine Rechtsgedanken wiederzuerkennen nicht vermocht. Der laute Ruf nach Justizreform, an den man sich in unseren Tagen allmählich gewöhnt hat, beweist doch wohl, daß die zur Besserung deutschen Justizwesens beim französischen Rechte von uns gemachte Anleihe[14]) — nicht gerade vorteilhaft gewesen ist. —

Und trotzdem scheint auch heute bei uns noch nicht allseitig zum Durchbruch zu kommen die Überzeugung von der Notwendigkeit und Dringlichkeit einer auf andere Grundlagen gestellten Gerichtsorganisation und Rechtspflege: „das Alte ist keineswegs so unbrauchbar, daß es nicht noch auf eine Reihe von Jahren sich bewähren könnte!“ „Hier und da die bessernde Hand angelegt; im äußersten Notfalle noch ein paar Novellen, und wir sind größerer Mühen vorläufig enthoben.“ — Wer von uns hätte nicht schon oft genug derartige zu Geduld und Ruhe mahnende Trostworte gehört! Allein, mit solcher Stellungnahme läßt sich schwer paktieren; will sie doch nur über die Gefahr hinwegtäuschen, die allgemach offen zu Tage liegt. Auch unser Volk hat — nicht zu selten! — Rechtspflege und Prozeßgesetzgebung getragen und ertragen, die ihm fremd und unverständlich blieben; aber ohne Schädigung schlimmer Art ist das eben nicht geschehen. Erschütterung des Rechtsbewußtseins, Herabsetzung des Vertrauens auf Regiment und Staat sind die unvermeidlichen Begleiterscheinungen solcher Zeiten. Es ist nicht geraten, Zweifel und Schwankungen dieser Art heraufzubeschwören, oder gar — wenn sie bereits sicher nachweisbar sind, — ihnen weiter Nahrung zu geben!

Und dann „das Alte“, dessen herbe Verurteilung seitens der Neuerer gelegentlich als Undankbarkeit gescholten wird!

Ob nicht mit einem solchen, reichlich unklaren Vorwurfe, sei es auch unbewußt, nur eine gewisse Bequemlichkeit, das Haften am täglich Gewohnten verteidigt wird? — Selbst in unserer raschlebigen Zeit kann doch ein Gesetz, das kaum 29 Jahre besteht, schon deshalb allein nicht für „alt“ erklärt werden; — mindestens nicht in dem Sinne, als ob ihm nunmehr ein Anspruch auf pietätvolle Schonung zustände. Mir will gerade nur die entgegengesetzte Beurteilung geboten erscheinen.

Denn in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts hatten wir nach langer, mühsamer Arbeit und im Kampfe mit der italienischen Lehre unser Gerichtswesen, unseren Zivilprozeß ganz überwiegend wieder auf nationale Grundlagen gestellt. Dieses zurückgewonnene Recht durfte als „Das Alte“ von uns angesprochen werden. Die Gesetzgebung von 1877 hat es schonungslos beseitigt und uns neues, fremdes Recht gebracht. „Das Neue“ aber, unser heutiges Gerichtswesen, hat sich mit nichten durchweg bei uns bewährt: es hat trotz der 29 Jahre seines Bestehens nicht vermocht feste Wurzeln zu schlagen. Da ist denn doch begreiflich, daß wir heute wieder zum richtig verstandenen bewährten „Alten“ zurückstreben.“ —

Allein mit vorstehenden Ausführungen ist noch keineswegs die gesamte Gegnerschaft der vorgeschlagenen „durchgreifenden Justizreform“ beseitigt.

Adickes hat vorweg (I, S. IV) und wiederholt erklärt: „der Gedanke, englische Einrichtungen, deren Mängel er keineswegs verkenne, einfach übertragen zu wollen“, — liege ihm durchaus fern. Trotzdem ist immer wieder der Einwurf erhoben worden, ob denn nicht etwa heute, nach der so gründlich mißglückten „Anleihe beim französischen Rechte“, eine neue Rezeption — und zwar nunmehr englischen Rechtes — mit allen unvermeidlichen Schwierigkeiten und Gefahren bevor-

stehe?! — Haben wir denn nicht genug eigene Kraft, um selbständig einen Rechtspflegebau aufzuführen, wie er sich für uns empfiehlt, unseren Anforderungen entspricht?[14]) Ist nicht vielmehr zu erwarten, daß gerade nur deutsche Wissenschaft und Praxis in der Lage sein würden, Rechtspflegeeinrichtungen zu schaffen, die uns dauernd Befriedigung gewähren? — Gewiß, das sind schwerwiegende Bedenken, die wohl auch von Freunden der Adickesschen Reformpläne gehegt werden können: „vestigia terrent"! — Mit Zweifeln dieser Art muß eben jeder sich auseinandersetzen, der nicht leichtfertig, vielmehr der Verantwortlichkeit unserem Volk und Staat gegenüber bewußt, zur neuen großartigen Reformbewegung Stellung nimmt.

Das alles verkennt oder bestreitet auch Adickes nicht; zur Begründung aber des nach seiner Meinung von uns einzuschlagenden Reformweges bringt er folgende Ausführung: (I, 124) „Die eigenartigen, auf andere Länder unübertragbaren englisch-schottischen Verhältnisse mögen bei Ausübung der dortigen Justiz eine mehr oder minder große Rolle spielen wir finden aber gleichzeitig eine Reihe von Rechtsgedanken: welche einen gewissermaßen universalen Charakter haben und deshalb auch auf anderem Boden verwendbar sind. Und auf diese richtet sich unser Interesse."

Der Gegenzug ist überraschend, geschickt; er ist auch anregend genug; aber unanfechtbar erscheint er mir keineswegs.

Ich habe auf den vorausgehenden Seiten mich schlechthin bekannt zu den Lehren unserer historischen Schule über das Verhältnis von Volk und Recht zueinander, — und das zwar in der Meinung, den Grundton des Adickesschen Alarmrufs wiederzugeben. Nun aber wechselt der Führer im Streite anscheinend die Kampfesweise; oder doch er bringt zum mindesten

neue, bisher noch nicht benutzte Waffen herbei; Waffen, die heutzutage nicht gar so hoch geschätzt werden, wie im 17. und 18. Jahrhundert; stammen sie doch aus der verstaubten Rüstkammer der Naturrechtslehrer! — Freilich kann niemand den Umschwung verkennen, den die hinter uns liegenden drei Jahrhunderte im Verkehr von Volk zu Volk für Europa gebracht haben. Und vollends zu Tage liegt, daß die gewaltige wirtschaftliche Bewegung des 19. Jahrhunderts, den gesamten Erdball umspannend, in Not und Aufstieg alle Völker zusammen gebracht, einander genähert hat, wie nie zuvor. — Derart intensive Berührung verschiedener Völker miteinander muß mit innerer Notwendigkeit hüben und drüben zwar reifend und erziehend wirken, das ist sicher von Vorteil; nur darf auch die Kehrseite nicht unberücksichtigt bleiben. Diese aber zeigt sich in der abschleifenden, nivellierenden Wirkung des Weltverkehrs! Eine altgefestigte, geschlossene Nationalität wird von solcher Wirkung nicht berührt, während uns, der jüngst geeinigten Nation der Mitte von Europa, Gefahr droht, zumal wir noch gar zu reichlich aus alten Zeiten her uns den übertriebenen Respekt vor fremder Art und Sitte und Leistungsfähigkeit bewahrt haben! Deshalb müssen wir vor allen anderen eifersüchtig wachen über die Erhaltung unseres Volkstums, unseres Volkscharakters, — und wahrlich nicht der schlechteste Teil unseres Volkscharakters liegt geborgen in unserem angestammten Rechte!

Nur als eine gelegentliche Mahnung zu behutsamem Vorgehen zu sorgfältigster Prüfung, möchte ich die vorstehenden Bemerkungen aufgefaßt wissen. — Daß die Adickesschen Reformpläne bewußt national gerichtet sein wollen, das ergibt sich überall aus den „Grundlinien" wie aus der zweiten „zur Verständigung über die Justizreform" veröffentlichten

Schrift. — Im übrigen wäre es wohl auch nicht so gar schreckhaft, wenn beit Fortgang der Reformstudien hier und da gelegentlich naturrechtliche Anwandlungen hervortreten sollten! Haben doch die alten Naturrechtler oft genug mit Bewußtsein die ihnen „einfacher“ und „billiger“ erscheinenden Sätze des ursprünglichen deutschen Rechts gerade bevorzugt. Insbesondere aber brachte die naturrechtliche Lehre „unbewußt germanische Rechtsgedanken, die ihr das Volks- und Zeitbewußtsein als Offenbarungen der reinen Vernunft vortäuschte, in verjüngter Gestalt zur Herrschaft“.[15]) — Es ist gewiß nicht ausgeschlossen, daß bei ähnlichen Ausgangspunkten, wie damals, wir auch heute wieder dazu gelangen unseren Schatz deutscher Rechtsgedanken erheblich zu bereichern.

II.

Die leitenden Gedanken des englischen Gerichtswesens als Grundlagen einer deutschen Justizreform.

Seculo hoc nostro non minus litigioso, quam malitioso, quod plus scientiae, quam conscientiae habet, plerique omnes conqueruntur de litium diuturnitate —: Nec solam Galliam, quam regnum vocat Rabularium Herm. Later. hoc malum infecit, sed et nostrates uti omnia, ita quoque litigia, horumque protactionem protervam ac petulantem a Gallis hauserunt.

Benedicti Carpzovii Jurisprudentia Forensis M.D.C.L.XXXIV. (Def. I, 1—3.)

1. Anders als die meisten bisherigen, auf eine Reform deutscher Rechtspflege abzielenden Arbeiten, nimmt die Adickes-sche Schrift ihren Ausgang von einer radikalen Veränderung unserer heutigen Gerichtsorganisation; der erste Grundgedanke, der Durchführung finden soll, ist dieser:

„Eine kleine, aber auserlesene Zahl bewährter und erfahrener Richterkräfte in hervorragender sozialer Stellung bietet die besten Garantien für eine gute und starke Rechtspflege."

Der heutigen deutschen Juristengeneration, wie derjenigen, die in den siebziger Jahren des 19. Jahrhunderts unser Gerichtsverfassungsgesetz zu Stande brachte, ist dieser Gedanke völlig fremd geblieben! Gleich wie im italienischen, im gemeinen deutschen und ebenso im französischen Prozeßrechte, ist für den als Regel durchgeführten (landgerichtlichen) Prozeß das System der Kollegialgerichte übernommen worden; und nach willkürlich herausgegriffenen Zahlen schichten sich über einander die dreigliedrigen Landgerichtskammern, die fünfgliedrigen Oberlandesgerichtssenate und die siebengliedrigen Reichsgerichtssenate, deren Urteile zuletzt nachgeprüft werden von den schier ungeheuerlichen Richterversammlungen, wie sie sich uns darbieten in den „vereinigten Zivilsenaten" und gar im „Plenum des Reichsgerichts". Mechanischer, als nach diesem

Grundsatze der toten Zahl: „je mehr, desto besser", wußte man eben nicht vorzugehen, und vielleicht steckte hinter solchem Vorgehen die Meinung, daß in der Tat ein „objektiver" Instanzenzug, eine „gerechte Besetzung der einander übergeordneten Spruchgerichte" nur durchzuführen wäre unter Zugrundelegung der geheimnisvollen Zahlenreihe: 3, 5, 7, ein Schiboleth, das unter Hinweis auf die englischen Gerichtsorganisationen zerstört zu haben, kein geringes Verdienst von Adickes ist. — Gewiß, es läßt sich hören, wenn der Gesetzgeber erklärt, ihm genüge der Einzelrichter nicht, weil ein solcher eben leicht einseitig urteile, nicht in der Lage sei, seine Meinung an der Auffassung eines gleichstehenden Kollegen nachzuprüfen. Anders aber steht es, wenn — wie hier zunächst — die Kollegialordnung die Norm bildet, und nun die Zahl der Kollegialrichter für die einzelnen Spruchgerichte festgestellt werden soll. — Lassen sich etwa allen Ernstes unsere Richter schlechtweg als fungible Größen behandeln, derart, daß man aus der stärkeren Besetzung der Richterbank — die größere Tüchtigkeit und Zuverlässigkeit des einzelnen Instanzgerichts zu folgern vermöchte? — Die von Adickes angeregte Diskussion hat mehrfach bereits — und das zwar mit Recht! — zu energischer Verwerfung eines solchen rechnerischen Standpunktes geführt, und wiederholt ist auseinandergesetzt worden, daß zu große Richterkollegien sich keineswegs immer bewährt haben, vielleicht sogar unter Umständen einer gesunden, befriedigenden Rechtspflege hinderlich werden können.

Eines ist jedenfalls klar: die nach der stets steigenden Richterzahl einander übergeordneten Gerichte, deren Leistungsfähigkeit ihre natürliche Begrenzung findet, müssen bei normal steigender Bevölkerungsziffer entsprechend vermehrt werden; das lehrt uns ja auch die seit 1879 gemachte Erfahrung: unsere

heutige Rechtspflege arbeitet bereits mit einem Heer von rund 9000 richterlichen Beamten, dessen weitere Vergrößerung, sofern die bisherigen Grundsätze beibehalten werden, ziffermäßig für die Zukunft ausgerechnet werden kann, ohne daß ein Ende absehbar wäre!

Hiermit ist die wunde Stelle aufgedeckt, an der die von Adickes eingeleitete Reformbewegung einsetzt: so darf es nicht mehr weiter gehen in alle Zukunft. Und daß es so nicht weiter zu gehen brauche, das lehrt uns Adickes, indem er uns die englisch-schottischen Gerichtseinrichtungen vorführt, nach denen eine kleine, aber auserlesene Zahl sozial hochstehender Richter durch Jahrhunderte hindurch es verstanden hat, eine tüchtige, autoritative Rechtspflege dem Volke zu erhalten.

Solcher Erfolg ist ermöglicht worden dadurch, daß man in England daran festgehalten hat, die erste Instanz überall durch Einzelrichter zu bilden. „Der Supreme Court of Judicature besteht aus zwei dauernden Hauptabteilungen, deren eine, der High Court of Iustice als erste Instanz und als Rekursinstanz für die unteren Gerichte, und deren andere, der Court of Appeal als Berufungsinstanz gegen die Urteile des High Court of Iustice fungiert. In erster Instanz urteilen nur Einzelrichter, in der Rekursinstanz für die unteren Gerichte zwei Richter (divisional Courts), in der Berufungsinstanz bei interlocutorischen Beschlüssen zwei, im übrigen mindestens drei Richter. Tatsächlich kommen alle wichtigen Zivilsachen in erster Instanz vor dem High Court zur Entscheidung, dem konkurrierende Zuständigkeit gegeben ist, auch wenn unteren Gerichten bestimmte Kompetenz zusteht. — Der High Court, in gewissem Umfange jeder einzelne Richter desselben, kann bei ihm erhobene Klagen an das Untergericht verweisen. Andererseits ist der H. C. berechtigt, jede Sache von

den unteren Gerichten — übrigens auch von den Verwaltungsbehörden — an sich zu ziehen (I. 52). Über dem Supreme Court of Judicature in England steht als oberstes Gericht das House of Lords, an das im allgemeinen gegen jede Entscheidung des Court of Appeal — Revision eingelegt werden kann, — mindestens drei Lords müssen bei der Entscheidung mitwirken.

Unter dem Supreme Court stehen in Zivilsachen die County Courts (Gesetz von 1846) deren Zuständigkeit im Laufe der Jahre erheblich ausgedehnt worden ist. — Vergleichen wir das Bild, das diese oberflächliche Übersicht der englischen Gerichtsverfassung ergibt, mit der für das Deutsche Reich durch das Gerichtsverfassungsgesetz festgestellten Zivilgerichtsorganisation, so stoßen wir allerdings auf schroffe Gegensätze. Geht man aber den hüben und drüben zu Grunde gelegten Rechtsgedanken nach, so ist wohl kaum zu bezweifeln, daß dem System der englischen Zivilgerichtsverfassung, wie sie sich in geschichtlicher Entwickelung herausgebildet hat, weitaus der Vorzug gebührt.

Entscheidend für diese Bewertung ist, daß mit der englischen Gerichtsbesetzung die Durchführung eines Gedankens ermöglicht wird, der in alle Wege als Grundpfeiler guter autoritativer Justiz anzuerkennen ist; ich meine den Satz: „gleiches Recht für alle!“ Verwirklichen läßt sich diese Forderung aber nicht anders, als wenn für alle Zivilstreitsachen im engsten Sinne — mag es sich handeln um große', oder um geringfügige Werte — — schlechthin dieselben erstinstanzlichen Gerichte zuständig sind; — für sachlich besonders qualifizierte Prozesse: z. B. Ehe- und Kindschaftsstreitigkeiten, wäre eine Ausnahme zuzulassen. Hiervon abgesehen aber gibt es keine stichhaltige Be-

gründung zur Scheidung der erstinstanzlichen Gerichte in solche, vor denen höher- oder geringerwertige Streitigkeiten über mein und dein zu erledigen sind. Sicherlich ist zutreffend der Ausspruch von Menger: „Keine größere Ungerechtigkeit, als wenn man ungleiches gleich behandelt." Hier aber kommt nicht ungleiches in Frage: der subjektive Maßstab der rechtsuchenden Partei entscheidet, die eine, wie die andere, ob begütert oder arm, verlangt und darf verlangen gleichmäßige Rechtsgewährung, wenn anders die Rechtspflege sich als eine Gerechtigkeitspflege dem Volke darstellen soll. Das findet statt, sobald, wie in England, alle Prozesse in erster Instanz vor denselben Gerichten verhandelt werden, die dann aus finanziellen Rücksichten natürlich nicht kollegial besetzt sein können. Mit Durchführung dieses Grundsatzes ist — die Folgerung erscheint mir schlechthin zwingend! — die so überaus erwünschte Erhöhung des Einzelrichters, unseres Amtsrichters erreicht. Eine solche wird keineswegs gesichert etwa schon durch reichlichere Besoldung des Amtsrichters, durch Besserung seiner bisherigen sozialen Stellung. Auf umgekehrtem Wege vielmehr, — dann aber von selbst, wird das Ziel erreicht!: ist einmal das Einzelgericht diejenige Stelle, die jeder Prozeß zu passieren hat, dann ist ohne weiteres ausgeschlossen die heute naheliegende Bewertung des Amtsrichters als eines Gerichts geringerer Tüchtigkeit und Zuverlässigkeit. Seine soziale Stellung ist in rechtem Maße gesteigert und die auskömmlichere Besoldung wird sich von selbst ergeben! — Denn nunmehr werden die Einzelrichter nur aus der Zahl der bewährten, hervorragend tüchtigen und erfahrenen Juristen zu entnehmen sein; die

Stellung als solche wird diese Richter mit dem ihnen zukommenden Ansehen ausstatten, und ein Aufsteigen derselben zu höherer Würde dürfte kaum in Frage kommen!

Das Gesagte bezieht sich hier nur auf die Prozeßrichter erster Instanz. Mit Adickes (I, S. 129) halte ich es für möglich, die Beamten der „freiwilligen Gerichtsbarkeit", als nicht zu den Richtern im engeren Sinne gehörig, besonders zu behandeln, bzw. dieses Gebiet der Staatstätigkeit selbständig zweckgemäß zu organisieren.

Das von den „gehobenen" Amtsrichtern, den erstinstanzlichen Einzelrichtern, einzuhaltende Verfahren ist später zu erörtern. Meine bisherigen Ausführungen aber muß ich hier unterbrechen um dem naheliegenden Vorwurfe zu begegnen, als hätte ich mit ihnen eben nur „eine dritte Rezeption", und zwar eine solche englischen Rechts befürwortet. —

So steht es doch nicht! Ich kann mich unbedenklich auf die — freilich bisher recht stiefmütterlich behandelte — Geschichte unseres Deutschen Prozeßrechts berufen. Aus ihr ergibt sich, daß unser gemeiner Prozeß als normales Gericht nur ein Kollegialgericht, bestehend aus mindestens drei Richtern anerkannt hat. Vom „tres faciunt collegium" ist regelmäßig nur abgesehen worden für die „niedere, die Bagatell-Gerichtsbarkeit". Diese Auffassung stand noch zur Zeit der Beratung unseres Gerichtsverfassungsgesetzes derart fest, daß man den Amtsrichter als Gericht nicht recht gelten lassen wollte und deshalb auch für den geringfügigsten Prozeß die Berufung an die dreigliedrige Zivilkammer des Landgerichts zuließ; es sollte eben niemand an der Anrufung des „normalen Gerichts" gehindert werden.

Aber an diesem Punkte war das gemeine Prozeßrecht, wie es in Deutschland lange Zeit als Subsidiarrecht geübt und

später bis zur Einführung des Gerichtsverfassungsgesetzes wenigstens von den Kathedern gelehrt wurde, nicht etwa rein germanisches sondern rezipiertes italienisches Recht. Das Kollegialrichtertum stammt von dort her, und es ist nicht angängig dasselbe etwa deshalb als „deutsche Einrichtung" zu bezeichnen, weil bei den alten Germanen ursprünglich die vielköpfige Gerichtsgemeinde, späterhin ein größerer Ausschuß derselben (die Schöffenbank) das Urteil fällte. Diese Bildungen liegen weit zurück hinter der Rezeption, — nicht auf die Urzeit haben wir zurückzugreifen, wenn wir Zusammenhänge der heutigen Gerichtsorganisation mit den Zuständen früherer Jahre feststellen wollen. Die Rezeption beseitigte sehr bald das alte Gerichtswesen der Germanen, und wenn danach die neue Prozeßlehre doch wieder von germanischen Rechtsgedanken durchsetzt wurde, so fand das doch nur nach bestimmten einzelnen Richtungen statt, und zumeist nur in der Rechtsübung und Gesetzgebung der zu Selbständigkeit erstarkten deutschen Städte. — Dies wird beim Rückblick auf die deutsche Prozeßgeschichte seit der Rezeption auch heute nicht immer genügend beachtet. Die deutsche Partikurlargesetzgebung seit dem 16. Jahrhundert ist die Stelle an der wir die deutschen Prozeßgedanken aufzusuchen haben. Sie hat in pietätvoller, unermüdlicher Arbeit uns aufbewahrt, was von uralten Rechtsgrundsätzen — sei es auch in einer Abwandlung, wie solche von der neuen Zeit bedingt war — fernerhin noch brauchbar erschien. Von hier aus wurde der Kampf mit dem von der Lehre immer sorgfältiger entwickelten italienischen Prozeßrechte unternommen und mit Zähigkeit durch die Jahrhunderte hindurch geführt. Denn schweren Kampfes bedurfte es, wenn die mittlerweile vom fremden Rechte bei Seite geschobenen, deutschem Empfinden entsprechenden Grundsätze wieder aufgedeckt, aufs neue zur Geltung gebracht

werden sollten. Der Erfolg ist zu Zeiten wechselvoll genug gewesen, aber — wie immer noch, wenn unser Volk ehrlich um sein nationales Recht kämpfte, — hat nach gelegentlicher Niederlage sich doch der tapfere Spruch bewährt: „wir sind geschlagen, nicht besiegt, in solchem Kampf erliegt man nicht!"

Nach den vorstehenden Ausführungen ist es nun hier von nicht geringem Interesse, daß in einer ganzen Reihe städtischer Prozeßgesetze vom 16. Jahrhundert ab bis hinein in das erste Viertel des 19. Jahrhunderts der gemeingerechtliche Grundsatz: ein normales Gericht müsse mindestens dreigliedrig besetzt sein, keine Anerkennung gefunden hat. Es entscheidet vielmehr durchweg in erster Instanz ein Mitglied des Rats als Einzelrichter.

Die regelmäßige städtische Gerichtsorganisation ist dann diese:

Oberste Gerichtsbarkeit übt das Ratskollegium, von dem unter Umständen der Rechtszug an das Reichskammergericht stattfindet. Die erste städtische Gerichtsinstanz wird gebildet ausschließlich durch die „Niedergerichte", „Untergerichte", zu deren Hegung der Rat der Stadt die einzelnen Ratsmitglieder abordnet. Je nach der Art der Sachen — jedoch ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitwertes! — finden wir so das allgemeine Gericht, häufig „Vogteigericht" genannt, daneben das Handelsgericht „Wettgericht", das Handwerkergericht „Amtsgericht" usw. Alle diese verschiedenen „Untergerichte" sind besetzt durch Einzelrichter (eben die mit der entsprechenden Sonderjurisdiktion betrauten Ratsmitglieder). Vor diesen Einzelrichtern nun ist ohne Rücksicht auf den Streitwert jede Sache zu erledigen, die dem entsprechenden Gerichtsbarkeitsgebiete angehört. Jedem dieser städtischen Einzelrichter (Unterrichter) können freilich Beisitzer

vom Rate zugeordnet werden, einer oder mehrere, die dem vorsitzenden Ratsmitgliede helfend zur Seite stehen, auch Stimmrecht haben, teils zugleich mit ihm, aber auch allein als Stellvertreter desselben. Grundsätzlich genügt Verhandlung und Entscheidung vor nur einem der Richter.

Oberinstanz über diesen Untergerichten ist dann der städtische Rat in dessen Plenarversammlung die zu den verschiedenen Untergerichten delegierten Mitglieder des Rats nunmehr (soweit sie nicht selbst im Untergerichte die Sache verhandelt und entschieden haben) zur Berufungsinstanz zusammentreten. —

Dies ist die typische Gestaltung der Gerichtsverfassung in unseren zahlreichen Hansestädten. Wir finden sie im Nordwesten: Hamburg, Lübeck, Bremen, Rostock, ebenso aber auch im Nordosten: in Danzig und weiter nördlich an der Ostsee in Riga, Reval, Narva. —

Sieht man hier von der höchsten Gerichtsinstanz im alten deutschen Reiche, dem Reichskammergerichte, ab, so finden sich überall nur zwei Instanzen, von denen die erste durchweg mit Einzelrichtern besetzt ist. — Damit ergibt sich unwiderleglich, daß die englischen erstinstanzlichen Einzelrichter, vor denen jeder Zivilprozeß beginnen muß, keineswegs als selbstständige englische Rechtsbildung aufgefaßt werden dürfen: es handelt sich vielmehr um eine Gerichtsorganisation germanischen Rechts, die weithin über germanisches Gebiet verbreitet und offenbar früh auch in England durchgeführt war, woselbst man sie als zweckmäßig und heilsam bis auf unsere Tage festgehalten hat. Ihr Ursprung ist auch unschwer nachzuweisen, führt er doch auf den Sachsenspiegel zurück: „beim Richter wird das Wissen des Rechts, von dem er sich in allem seinem Tun und Lassen leiten lassen soll, vorausgesetzt. Und wenn es sich im einzelnen Falle, in dem seine Tätigkeit

in Anspruch genommen wird, um ganz unzweifelhafte und von den Beteiligten unbestrittene Rechtssätze handelt, so schreitet er mit seinem Gebot und Verbot ein, ohne weiterer Unterstützung von anderer Seite zu bedürfen.[16]) So insbesondere richtet er einfache Schuldklagen, und zwar allein, durch sein Gebot an den anwesenden Beklagten, zu bekennen und zu leisten, oder zu leugnen und zu schwören. Es ist kein geringes Verdienst unserer deutschen Städte, in Anknüpfung an diese Sätze des alten Rechts schon früh, namentlich zur Erledigung der Streitsachen des täglichen Verkehrs, des kleinen Mannes, eine Einzelrichterinstanz ausgebildet zu haben.[17]) Der Laienspiegel berichtet hierüber im Abschnitt „vom Bürgermeisterampt" und bemerkt: „Vnd ob yemandts vor in (dem Burgermeister) verklagt würde, soll er den widerthayl vnd beyder partheyen notdurfft, gütlich vnd vnverdrießlich verhören Vnd wo die Sachen der oberhand nit zugehörig weren, mag er die mit der partheyen willigen vereinen." — Die städtische Bürgermeister-Jurisdiktion ist danach mehrfach in bemerkenswerter Weise ergänzt worden durch eine Einrichtung, die heute kaum noch dem Namen nach bekannt ist, und doch der Hervorhebung um deswillen wert ist, weil sie in anspruchsloser Form, als ergäbe sich das alles von selbst, ein bedeutsames Stück „sozial" gerichteter Justizpflege verkörpert: ich meine die „Dielengerichtsbarkeit", die „Dieleninstanz", wie sie in Hamburg und Lübeck bis ins 19. Jahrhundert in Übung gewesen ist.

Im Hamburger Stadtrechtsbuche, revidiert 1603, gedruckt 1605, heißt es (Tit. IV, 5): „Die Sachen —, welche sich nicht über 30 Mark Lübisch erstrecken, mögen die worthabenden Bürgermeister und Gerichtsverwalter in ihren Häusern, wie von Alters her sittlich gewesen, ohne jenigen gerichtlichen Proceß entscheiden, und vermittelst der Execution mit Aus-

pfändung, den Parteyen Rechtens verhelffen, damit ein Jeder das Seine, ohne Weitläufftigkeit erlangen möge." Solche häusliche Rechtsprechung der Bürgermeister findet sich auch sonst häufig in Städten sächsischen Rechts.

Die lübische „Verordnung, betr. das Gerichtswesen", vom 4. Mai 1814 sagt über die besprochene Übung: „Wenn zwar die sogenannte Dielen-Instanz der Herren Prätoren für Stadt und Gebiet künftig hinwegfällt, so verbleibt ihnen doch neben den Vergleichsgesuchen, Friedegeboten, Bau- und anderen Inhibitionen, Arrest-Anlegungen, wie auch sonstigen richterlichen Einschreitungen und Verfügungen, — Cognition und Entscheidung in ihren Häusern für Sachen, die eine schleunige Verfügung unumgänglich erfordern, namentlich durchreisender Fremden und für Ehesachen, — und haben die Herren Prätoren die Befugniß — auch nach Umständen in Fällen erforderlicher persönlicher Erscheinung, Termine in ihren Häusern anzusetzen" (§ 22). — Das hamburgische Justizorganisationsgesetz vom 29. Dezember 1815 behielt die Dieleninstanz der Prätoren in viel größerem Umfange bei: „Beide Prätoren haben nach der Wahl des Klägers concurrente Jurisdiktion in allen nicht zur Competenz des Handelgerichts gehörenden Sachen", wenn 1. Beklagter sich urkundlich parater Exekution unterworfen oder speziell auf den Prätor provoziert hat, 2. Miete oder Zinsen „wie hoch sich diese auch belaufen" eingeklagt werden, 3. allgemein, wenn die Hauptsumme der Klage nicht 400 M. B. oder 500 Crt. übersteigt, 4. in Arrestbefehlssachen, 5. in Injurien-, Dienstlohnsachen, Streitigkeiten der Brotherren und Dienstboten." —

Auch das „Verfahren auf der Diele der Herren Prätoren" wurde besonders geregelt im erwähnten Gesetze: „Vor den Protokollen sind der Regel nach die Sachen mündlich und nur

auf geschehene Erlaubniß des Herrn Prätors schriftlich zu verhandeln. Bey mündlichen Verhandlungen wird der Herr Prätor das Wesentliche zu Protokoll nehmen, auch wird er sich möglichst bemühen, die Partheyen gütlich auseinanderzusetzen." „Bey schriftlicher Verhandlung wird möglichst kurz und nicht ohne Erlaubniß ultra Duplicas verfahren."

Als geschichtliches Vorbild der englischen erstinstanzlichen Einzelrichter, die Adickes für unsere Gerichtsreorganisation empfiehlt, ergibt sich also die entsprechende Gerichtsverfassung unserer größeren deutschen Städte, wie sie sich allmählich im Gegensatze zum rezipierten italienischen Rechte entwickelt hat: „eine kleine, aber auserlesene Zahl bewährter und erfahrener Kräfte in hervorragender Stellung."

Zur Durchführung gebracht wurde bei uns vor Zeiten dieser Grundsatz in der Weise, daß in erster Instanz ganz allgemein nur Einzelrichtern die Urteilsfällung zustand. —

Aber diese mehreren Einzelrichter erster Instanz in unseren Städten waren vom Rate der Stadt aus dessen Mitte zur Ausübung der Rechtspflege berufen, bezw. abgeordnet worden: jeder einzelne von ihnen gehörte zum obersten Regierungskörper des Stadtstaats, jeder von ihnen zählte zu dem sozial höchstgestellten Kreise im städtischen Gemeinwesen, und jeder von ihnen hatte seinem Berufe nach die Pflicht, dem begüterten, wie dem unbemittelten Stadtbürger unparteiisch sein Recht zu weisen: „gleiches Recht für alle!" Ja noch mehr: gerade die höchstgestellten dieser „regierenden Herren": Bürgermeister und Prätoren hatten noch insbesondere die Aufgabe, dem kleinen, unbeholfenen Manne die Durchführung seiner Rechtshändel zu erleichtern, zu solchem Zwecke ihm den Vorsaal des eigenen Hauses offen zu halten und in einfachem, verständlichem Verfahren ihm billige und rasche Justiz zu ge-

währen. — Wahrlich ein ansprechendes Bild ernster, gewissenhafter, sozial gerichteter Berufserfüllung, die als solche den ohnehin hochangesehenen Stadtrichter noch mit besonderer Autorität bekleiden mußte.[18])

Hervorheben möchte ich an dieser Stelle nur noch, daß schon jene städtische Gerichtsorganisation nach dem Grundsatze: „wenige aber autoritative Richter", gelegentlich auch mit nur zwei Richtern besetzte Kollegialgerichte zur Anwendung gebracht hat. So wurden z. B. in Lübeck vor dem Niedergerichte Dienstags und Donnerstags durch die Herren Prätoren, zwei Ratsherren, von denen wenigstens der eine Rechtsgelehrter sein muß, alle Sachen, deren Gegenstand sich nicht über 100 Mark erstreckt, ebenso alle Injuriensachen jeder Art entschieden; höherwertige Sachen wurden unter dem Vorsitze der Herren Prätoren — zum Teil mit Urteilsfindern, als welche die an der Sache nicht beteiligten Prokuratoren auftraten (!) — erledigt.

2a. Die vorstehenden Ausführungen (S. 42—47) haben zu besserer Zusammenfassung mehrfach hinübergreifen müssen auf die Erörterung des zweiten von Adickes für eine durchgreifende Reform aufgestellten Leitgedankens:

> „Eine wirklich hervorragende richterliche Arbeitskraft ist ein kostbares und seltenes Gut und wird daher nur mit äußerster Sparsamkeit verwendet". „In erster Instanz nur Einzelrichter, in den oberen Instanzen kleine Kollegien —: zum Teil nur zwei, meist nur drei Richter."

Auch diese Sätze sind praktisch betätigt worden in der Gerichtsbarkeit der deutschen Städte, die — wie wir sahen — in erster Instanz regelmäßig nur Einzelrichter entscheiden ließen

und auch gelegentlich mit nur zwei Richtern besetzte Kollegialinstanzen zur Anwendung brachten. Mir will es doch scheinen, daß Stein (S. 58 und 74) viel zu weit geht, wenn er das Zweirichterkollegium als nonsens bezeichnet.[19]) Zurückzuführen ist die Einrichtung offenbar auf den Grundsatz äußerster Sparsamkeit bei Verwendung tüchtiger Richter. Man hat wohl gemeint, daß in der überwiegenden Zahl der Streitfälle die beiden richterlichen Kollegen sich über das zu erlassende Urteil einigen würden, dann wäre der dritte — von jenen beiden eventuell zu überstimmende — Richter erspart gewesen, und er konnte erspart werden, da auch bei seinerseitigen Gegenvotum die beiden anderen Richter ihre Entscheidung durchgesetzt hätten. Die Geschäftsübung brauchte ja nicht so zu sein, wie sie nach Stein in England ist: „beide Richter stimmen getrennt, und wenn ihre Urteile nicht übereinstimmen, „so zieht der jüngere das seinige zurück". —

Es wäre z. B. doch sehr wohl angängig, daß — bei Anwesenheit mehrerer Richter im betreffenden Amtslokal — die beiden dissentierenden Richter einen dritten Kollegen hinzuziehen, diesen über den Sachverhalt ausgiebig orientieren, und danach sich seiner — so zu sagen schiedsrichterlichen — Entscheidung unterwerfen. Ich weiß auch sicher, daß in früherer städtischer Gerichtsübung ein solches freies Verfahren mehrfach zur Anwendung gebracht worden ist. Gewiß, manches ließe sich dawider einwenden. Allein die Richter in den mit voller Jurisdiktion ausgestatteten deutschen Städten fühlten sich als Mitglieder des Rats, der zugleich oberster Gerichtskörper war, durchaus selbstständig und zu freierem Verfahren berechtigt, sofern dem nicht eine bestimmte städtische Satzung entgegenstand. So möchte ich denn solchen, sachlich doch wohl zweckmäßigen Behelf nachträglich nicht als verwerflich bezeichnen.

Ich referiere darüber hier nur deshalb, weil danach ersichtlich wird, daß energischer als in deutscher Gerichtspraxis das von Adickes dem englischen Rechte entnommene Gebot äußerster Sparsamkeit bei Verwendung tüchtiger Richterkraft (I, 124) — nicht wohl durchgeführt werden konnte.

2 b. (I, 126). Unter den soeben hervorgehobenen Grundsatz bringt Adickes auch „die Befreiung des Richters von allem Schreibwerk und aller für die eigentlich richterliche, d. h. rechtsprechende Tätigkeit nicht durchaus erforderlichen Arbeit — in England unter weitgehender Verwendung rechtsgelehrter Gehilfen (Masters, Registrars usw.) für Prozeßleitung, Versäumnisurteile usw."

Nun, wer die Praxis des jüngeren gemeinen, im Anfang des 19. Jahrhunderts durch die deutsche Partikulargesetzgebung vielfach in nationalem Sinne gereinigten und gebesserten Prozeßrechts kennt, oder gar noch selbst geübt hat, der wird auch wissen, daß es eines besonderen „Grundsatzes" nach dieser Richtung hin garnicht bedurfte! Lag es doch in der Natur der Sache, daß man die Richter, deren Zahl nicht sonderlich groß war, nach Möglichkeit befreite von aller derjenigen Tätigkeit, die sich als formale darstellte, sozusagen mechanisch, routinemäßig sich erledigen ließ, ohne daß daraus eine Schädigung des Geschäftsganges zu erwarten gewesen wäre. Die Richter, die als Mitglieder des Rats vielfach auch Verwaltungssachen verschiedenster Art zu bearbeiten hatten, waren — zumal in den großen Städten — oft in hohem Maße überlastet, sie hatten selbst ein dringendes Interesse daran, daß ihnen, soweit möglich, alles, was sich als mechanische Arbeit erwies, abgenommen wurde. Beamte mit besonders begrenzten Funktionen und besonderen Titulaturen wurden ihnen freilich nur selten zur Verfügung gestellt: „die Kanzlei" des Gerichts

hatte einzutreten um den Richtern die Arbeit zu erleichtern, die Bewältigung eines gelegentlichen Übermaßes zu ermöglichen! Und dazu war „die Kanzlei“ geeignet und sehr wohl im Stande: wurden doch die höheren, verantwortlicheren Kanzleistellen (Sekretarius, Notarius) nur mit nach damaligen Grundsätzen voll ausgebildeten Juristen besetzt. Als „Subalterne“ im heutigen Sinne der Bezeichnung kamen zu jener Zeit nur die ganz unselbständigen „Gerichtsschreiber“ (die Kopisten) in Betracht. Bei diesem System der Besetzung der Kanzlei ergab es sich von selbst, daß der junge Jurist die Stufenleiter der Ämter mit einem Kanzleiposten (als Notar) zu beginnen hatte; und es ist mir fraglos, daß ein solcher Durchgang durch die Kanzleiarbeiten — das aber in selbständiger, verantwortlicher und besoldeter Stellung — für den strebsamen Anfänger von großem Nutzen war, bot sich ihm damit doch bald ein sicherer Überblick über das Ganze der Gerichtsgeschäfte.

Also die rechtsgelehrte „Kanzlei des Gerichts“ war in jener Zeit das zweckmäßig gestaltete Ventil zur Entlastung des Richteramtes im eigentlichen Sinne. — Freilich, wo in der Tat schriftliches Gerichtsverfahren zur Anwendung kam (also insbesondere bei den Obergerichten) war es nicht möglich die erkennenden Richter von reichlichem Schreibwerk ganz zu befreien. Referat und Votum, je nach Geschmack und Gewohnheit des Referenten behaglich breit, oder kurz und gedrängt gefaßt, mußten eben schriftlich dem Urteils-Kollegium vorgelegt werden, zur Ermöglichung genauer Prüfung auch seitens jedes einzelnen Mitgliedes. Von hier stammt der heute so reichlich und mit Recht angefeindete, vom Richter selbst abzufassende „Tatbestand“ im § 313 unseres Prozeßgesetzes.[20])

Anders, ganz anders lag die Sache, wenn Verhandlungen vor dem Untergerichte, bezw. einem Einzelrichter in Frage

kamen. — Für die Erledigung der hierher gehörigen Prozesse haben das gemeine Prozeßrecht und die jüngeren Partikularprozeßgesetzgebungen ein einfaches, sachgemäßes Verfahren ausgebildet und dasselbe geradezu mit einer gewissen Virtuosität durchgeführt: ich meine die mündliche Verhandlung mit begleitendem, vom Sekretär des Gerichts geführten Protokoll. Natürlich handelte es sich nicht um ein Protokoll im Sinne der Z. P. O. („die Parteien verhandelten mündlich zur Sache"), vielmehr war es Aufgabe des Sekretärs, während der Verhandlung des Richters mit den Parteien — eine zwar nicht wörtlich wohl aber sachlich erschöpfend die Verhandlung wiedergebende Niederschrift zu vollziehen. Schnellschrift war damals noch nicht bekannt, bezw. verbreitet, so daß bei lebhafter Verhandlung der Protokollführer sich oft nur helfen konnte mit Abkürzungen und flüchtigen Notizen, aus denen er nachträglich die Reinschrift des Protokolls zusammenbrachte. Schlechthin wörtliche Wiedergabe (wie sie vom gemeinrechtlichen Protokoll gefordert wurde) war ausgeschlossen, indessen war ein geübter Sekretär stets im Stande, auch in komplizierteren Sachen ein allen Anforderungen entsprechendes Referat über die gesamte Verhandlung im Protokoll zu beschaffen. Und das gelang umso besser, je mehr man partikularrechtlich, auf Grund der gemachten günstigen Erfahrungen, die Protokollführung freier gestaltete. Letzteres ist anscheinend abermals zuerst in den Hansestädten geschehen. — So bestimmt z. B. die Bremer Handelsgerichtsordnung vom 16. Juni 1845: „das Protokoll braucht nur das Wesentliche der Vorträge der Parteien, sofern es nicht bereits anderweitig aus den Akten erhellt, zu enthalten. Dasselbe ist, soweit es nicht schon in der Sitzung selbst förmlich abgefaßt werden kann, gleich nach Beendigung derselben zu vervollständigen." — Hier ist

schon ein Übergang zur modernen Mündlichkeitstheorie gegeben. Aber um wieviel gesunder ist nicht diese Vorschrift, als das wenige was unsere heutige Gesetzgebung zur Sondergestaltung des so überaus wichtigen amtsgerichtlichen Verfahrens bringt!

Zweierlei bedeutsame Vorteile ergab diese einfache natürliche Prozeßübung: es gelang ein in der Tat rasches mündliches Verfahren durchzuführen, ohne Verzicht auf die für die Zukunft vielleicht wichtige, ausreichende Fixierung des Streitmaterials; — und dem Richter war bei der Urteilsfällung jede Schreibarbeit abgenommen: es genügte vollkommen, wenn er zum Schluß der Verhandlung seinem zuverlässigen, wiewohl nicht richterliche Stellung einnehmenden Gehilfen, dem Sekretär, das Urteil in die Feder diktierte, vielleicht mit kurzer Begründung: weitschweifige „Entscheidungsgründe“ waren entbehrlich; das am anderen Tage in Reinschrift zur Akte gebrachte Protokoll ergab ja das ganze Streitmaterial, Verhandlung und Beweisaufnahme, — oft alles in der tatsächlich stattgehabten Reihenfolge auf einem und demselben Blatte! — Und auch hiervon abgesehen, vermochten die juristisch ausgebildeten, geschäftsgeübten Kanzleibeamten vielfach den Richter zu entlasten durch Referate, durch Berichte aus früheren Verhandlungen, durch selbständige größere Ausfertigungen, Korrespondenzen usw.

Also nicht etwa „englisches Recht“ soll uns jetzt neu aufgedrängt werden. Wir haben vor Übernahme des französischen Prozeßrechts die „Befreiung des Richters von allem Schreibwerk“ gehabt, gerade so, wie sie Adickes fordert. Es handelt sich um eine einfache, zweckmäßige deutsch-nationale Rechtsübung, die wir nur leider in kaum 30 Jahren aufs gründlichste — vergessen haben!

3 u. 4. Der Schwerpunkt liegt durchaus in der ersten Instanz. — Dies wird von Adickes besonders hervor-

gehoben unter den leitenden Gedanken der englischen Rechtspflege (I, 126, 3) und als bedeutsamer Grundsatz für die geplante, durchgreifende deutsche Justizreform hingestellt. — Damit hängt unmittelbar zusammen, was Adickes gleich darauf empfehlend aus der englischen Rechtspflege berichtet: „die Rechtsmittel sind eingeschränkt und werden, auch soweit sie zulässig sind, — in Zivilsachen nur in geringem Umfange angewandt."

Mit solchem Hinweise ist zweifellos eine wunde Stelle unseres heutigen, aus Frankreich entlehnten Gerichtswesens offen gelegt. — Adickes erstrebt mit Recht die Erhöhung unseres Richtertums in allen seinen Vertretern. Allein unser heutiges französisches Prozeßrecht schließt die Erreichung solchen Zieles aus. Es ist unausbleiblich, daß unter der Herrschaft des heutigen Gesetzes unsere Bevölkerung bei Beurteilung der Gerichte und der einzelnen Richter Werturteile aufstellt, denen jede Begründung mangelt; — es sei denn, daß man allein die größere oder geringere Besetzungsziffer der Richterkollegien in Anschlag bringt (vgl. oben S. 36), auf die Zahl der Kollegialrichter abstellt. Warum aber sollen Oberlandesgerichtsräte, oder Oberlandesgerichtssenate schlechthin tüchtiger, reifer, einsichtiger sein, als Landrichter und Landgerichtskammern? Richter sind eben Richter, der Staat überwacht ihre Tüchtigkeit, ihre Ausbildung, ihre Integrität, — indessen sie stehen in ihrer Bedeutung und Würde einander gleich. Mag man vielleicht die Minderzahl der Richter am höchsten Gerichte besonders herausheben; — hiervon abgesehen ist eine Schätzung der Richter in ihrer Tüchtigkeit nach Titel und Rang gewiß verkehrt. Solch falsche Schätzung schädigt insbesondere unsere Einzelrichter, die damit der Landgerichtskammer gegenüber herabgesetzt werden. Und diese Herabsetzung des Amtsrichtertums

wiederum ist eine unvermeidliche Folge der Vorschriften unseres Gesetzes über die Berufung. Ich meine hier folgende Bestimmungen der C. P. O.: § 525 „Vor dem Berufungsgerichte wird der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von neuem verhandelt." § 529 Abs. 1 „Die Parteien können Angriffs- und Verteidigungsmittel, welche in erster Instanz nicht geltend gemacht sind, insbesondere neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen." Und vollends § 531 „die in erster Instanz unterbliebenen oder verweigerten Erklärungen über Tatsachen, Urkunden und Eideszuschiebungen können in der Berufungsinstanz nachgeholt werden." Die Schlußfolgerung, die ein prozeßsüchtiger Laie — gelegentlich wohl auch ein Anwalt — diesen Sätzen entnehmen kann, ist dann diese: „auf die amtsgerichtliche Verhandlung kommt ja doch nichts an, nur die Berufungsverhandlung vor der Landgerichtskammer ist entscheidend." Allerdings der Amtsrichter, der, um in den Sachverhalt einzudringen, an die Partei eine Frage richtet, muß sich gefallen lassen, daß ihm ohne jede Begründung geantwortet wird: diesen Punkt wolle man erst in der landgerichtlichen Verhandlung erörtern!?

Mir will es scheinen, daß wir mit solcher Ausgestaltung unseres aus Frankreich entlehnten Berufungswesens zwiefach gefehlt haben: wir haben die erste Instanz erniedert und zugleich der „Prozeßhanselei und dem Querulantenwesen" (I, 107) möglichst breiten Zugang eröffnet. Beides ist schlimm genug, und zutreffend scheint mir auch hier der in anderem Zusammenhange von Adickes getane Ausspruch: „man hat trotz vieljähriger Arbeit noch nicht die Kraft finden können, an diese, das Rechtsgefühl verwirrenden und erschütternden Zustände die Hand zu legen!" (I, 103): das Gesetz weist die Partei in der Streitsache vor den Amtsrichter, als die zuständige erste Instanz; aber

dasselbe Gesetz sagt zugleich derselben Partei vorsorglich: „besonders wichtig ist die erstinstanzliche Verhandlung — einerlei, ob vor dem Amtsrichter oder vor der Landgerichtskammer — gerade nicht, es genügt vielmehr, wenn man sein wichtigstes Streitmaterial erst beim Gerichte zweiter Instanz vorbringt! — Das klingt wunderlich genug, ist aber in der Tat bei uns rechtens seit Inkrafttreten der C. P. O. Man hat von vornherein für alle, auch die geringsten Streitsachen, zwei einander übergeordnete Instanzen geschaffen und dabei das Hauptgewicht auf die Verhandlung zweiter Instanz gelegt. Hätte es da nicht nahe liegen müssen, das vom Gesetz künstlich erniederte Gericht erster Instanz ganz zu streichen und sich mit dem einen höher und würdiger gestellten Gerichte zu begnügen? Aber nein! Wir haben ja Richter genug zur Verfügung! Wir können uns den Luxus erlauben, daß in jeder Streitsache ein endgültiges Urteil nicht anders gefällt wird, als von einem drei- oder gar fünfgliedrigen Kollegium! Und das befriedigt uns um so mehr, als wir damit die altheilige, weil dem italienischen Prozeß entstammende, Lehre durchführen, nach welcher ein nicht mindestens drei Richter umfassendes Gericht — überhaupt kein rechtes Gericht ist! Wenn Adickes angesichts des englischen Gerichtswesens den Grundsatz aufstellt: „der Schwerpunkt liegt durchaus in der ersten Instanz", (I, 126, 3) so dürfte damit mehr nicht als etwas überall selbstverständliches gesagt sein! Eine Gerichtsordnung, die einen aufsteigenden Instanzenzug behufs Durchführung von Berufungen herstellt, kann doch füglich nur erwarten, daß in der großen Mehrzahl der Streitfälle die Verhandlung erster Instanz zu endgültiger Entscheidung führen werde. Die Berufung ist in aller Welt nicht anders gedacht, denn als ein Mittel zur Zurechtstellung unrichtiger Urteile erster Instanz, d. h. — wofern

die erste Instanz überhaupt mit voller Gerichtswürde ausgestattet ist, — als ein Ausnahmeverfahren. Ist aber diese Auffassung richtig — und ich wüßte nicht, was dawider einzuwenden wäre! — so dürften die jüngsten Ergebnisse unserer Justizstatistik, Bd. XIII, doch bereits recht bedenklich sein:

Auf je 1000 während desselben Jahres in der Vorinstanz erlassene kontradiktorische Endurteile kamen im Reiche anhängig gewordene Berufungen bei den Landgerichten im Jahre 1881 — 122. Diese Berufungsziffer hat sich, beständig steigend, bis zum Jahre 1905 mehr als verdoppelt, sie betrug 1905 — 258. Die Berufungen an die Oberlandesgerichte haben nicht mit der gleichen Stetigkeit zugenommen, sind aber von 1900 bis 1904 ebenfalls beständig gestiegen; hier betrug die Berufungsziffer im Jahre 1881 — 335, im Jahre 1905 — 433 auf 1000. Danach müssen wir darauf gefaßt sein, daß nach wenigen Jahren regelmäßig die Hälfte der Landgerichtssachen im Berufungswege zu abermaliger Verhandlung an die Oberlandesgerichte gelangt! — Gesund sind solche Verhältnisse doch sicher nicht!

Aber nach dem vorher Ausgeführten trägt ebenso sicher die Schuld nicht die Praxis, sondern nur unser verfehltes Gesetz, das die Berufung geradezu herausfordert, indem es geflissentlich die erste Instanz vor der zweiten zurücksetzt und die Verhandlungen beider Instanzen sozusagen zusammenfließen läßt. — Das alles ist nicht verwunderlich, leben wir doch seit 1879 unter romanisch-französischem Prozeßrechte, das sich aufbaut auf dem einen „schonungslos durchgeführten Gedanken der Erreichung materieller Gerechtigkeit auch im Zivilprozeße, und das dann als Mittel zur Verwirklichung dieses Gedankens nur kennt die Gewährung größtmöglicher Freiheit an die Parteien behufs erschöpfender Vorbringung, Darlegung und Beleuchtung des Streitmaterials“ (400 J., S. 100).

So also unser heutiges Prozeßrecht, dem Adickes, über die englische Rechtspflege berichtend, die kurzen Bemerkungen gegenüberstellt: „die Rechtsmittel sind eingeschränkt und werden, auch so weit sie zulässig sind, in Zivilsachen nur in geringem Umfange angewandt. Die höheren Gerichte können von den unteren zur Entscheidung schwieriger Rechtsfragen ohne vorherige Entscheidung angerufen werden." — Von diesem letzten Satze sehe ich hier ab, er betrifft eine anscheinend speziell englische Übung, die sich auf deutsche Gerichtsverhältnisse schwerlich übertragen ließe, und von deren Übernahme unsererseits auch kaum besonderer Erfolg zu erwarten wäre. Es ist nicht anzunehmen, daß ein deutscher Richter, mit der Begründung, die Entscheidung sei ihm zu schwierig, jemals die vorgesetzte Instanz um Rechtsbelehrung bitten, also zum non liquet greifen würde, das zur Zeit bei uns schlechthin ausgeschlossen ist (G. V. § 1). — Besondere englische Einrichtungen sind ferner die folgenden. In der Rechtsfrage ist die Berufung, wenn der Streitwert weniger als 400 Mark beträgt, nur zulässig, wofern das Gericht erster Instanz die Erlaubnis zur Einlegung erteilt. Die Entscheidung des Divisional-Court ist endgültig, es sei denn, daß er selbst oder der Appeal-Court die Anrufung des letzteren besonders gestattet. — Über die zuletzt erwähnten, uns ganz fremdartig anmutenden Singularbestimmungen des englischen Rechts kann füglich hinweggegangen werden. Im allgemeinen aber ist es eben nur wieder gutes altes deutsches Recht, dem Adickes das Wort redet: Berufung in der Tatfrage gibt es nicht, Berufung in der Rechtsfrage ist eingeschränkt auf Streitsachen im Werte von 400 Mark und höher hinauf (von Lewinsky, S. 9).

Was zunächst die Beschränkung der Berufung nach dem Werte des Streitgegenstandes anlangt, so ist das eben nicht

mehr, als ein Notbehelf, der — einerlei ob die Klagesumme oder die Beschwerdesumme zugrunde gelegt wird — mit Gerechtigkeitserwägungen nicht gerade viel zu tun hat. Des „minima non curat praetor“ haben wir uns entwöhnt, und der Gedankengang: „geringfügige Sachen, geringes Interesse für den Staat, also möglichst geringe Aufwendung von Zeit und Kraft“ dürfte von heutigem „sozialem“ Standpunkte aus schwerlich befriedigen. Art, Maß und Umfang des vom Staate im Einzelfalle zu gewährenden Rechtsschutzes lassen sich ohne grobe Ungerechtigkeit nicht differenzieren. Jede ziffermäßige Grenzziehung muß sich notwendig als willkürlich erweisen, weil das volle Interesse des einzelnen an Gewinn oder Verlust der Sache im gegebenen Falle sich nicht schon nach der Streitwertziffer berechnen läßt.

Immerhin lehrt die Geschichte des Prozesses allenthalben, daß der Notbehelf, der in der Festsetzung einer summa appelabilis liegt, kaum entbehrt werden kann, und — wenn der Betrag nicht gar zu hoch bemessen ist — vom Volke auch nicht als besonders drückend empfunden wird. Dabei kommt freilich in Betracht, daß der kleine Mann, der, um die Anwaltskosten zu sparen, seinen Prozeß selbst führt, ein erhebliches Interesse daran hat, die endgültige Entscheidung so schnell als tunlich zu erhalten; damit er nicht an der für seinen Erwerb unentbehrlichen Zeit Einbuße erleide.

Das römische Recht hat jede Beschränkung der Appellation nach Maßgabe des Streitwertes ausdrücklich abgelehnt: „et in majoribus et in minoribus negotiis appellandi facultas est.“ (Cod. VII, 62 c. 20.) Ebenso, nur schärfer in der Form, das kanonische Recht: „de appellationibus vero pro causis minimis interpositis volumus te tenere, quod eis pro quacunque — levi causa fiant, non minus est,

quam si pro majoribus fierent, deferendum.“ (c. 11. X de appellat. 2,28.) Das ist sicherlich gerecht gedacht. Aber den kleinen deutschen Gerichtsherren, auch den Städten, die zu Anfang des 16. Jahrhunderts in ihren Gebieten das fremde Recht zur Geltung brachten, wuchsen wohl die Kosten des neuen Verfahrens über den Kopf, so daß auf einschränkende Maßregeln Bedacht genommen werden mußte. Offenbar ist die Beschränkung der Appellation auf höherwertige Streitsachen eine selbständige Schöpfung der ältesten deutschen Partikularprozeßgesetzgebung. Die Maßregel findet sich zuerst in der hessischen Hofgerichtsordnung vom Jahre 1500, in der Marburgischen Hofgerichtsordnung vom Jahre 1524. Das älteste Stadtrecht, das die Appellationsbeschränkung kennt, ist das Freiburger von 1520. Die Reichsgesetzgebung des alten Reiches übernahm die Einrichtung erst mit der wormser Kammergerichtsordnung: 50 Gulden Hauptgut, danach 150 und 300 Gulden; — zuletzt 400 „Reichstaler“. Partikularrechtlich findet sich späterhin überall in Deutschland eine — verschieden abgestufte — summa appellabilis. —

Die französische Gesetzgebung hat mehrfach die Berufung nach der Wertziffer beschränkt;[21]) daß in England regelmäßig die Berufung ausgeschlossen ist, wenn der Streitwert 400 Mark nicht erreicht, wurde bereits erwähnt; nach dem österreichischen Gesetze vom Jahre 1895 ist in Bagatellsachen (Streitwert bis zu 20 Gulden) gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts ein weiterer Rechtszug unzulässig (448, 502).

Unsere Zivilprozeßordnung hat von Anbeginn eine den Betrag von 1500 Mark übersteigende Revisionssumme für notwendig gehalten, die dann durch das Gesetz vom 5. Juni 1905 auf 2500 Mark gesteigert wurde. Berufungssummen haben wir ferner noch im Gewerbegerichtsgesetze: mehr als 100 Mark

(§ 55) und im Kaufmannsgerichtsgesetze: mehr als 300 Mark (§ 16). — Nach alledem dürfte der Einführung weiterer Berufungssummen grundsätzlich nichts entgegenstehen: die Maßregel läge im Zuge der bisherigen Gesetzgebung. Ich selbst freilich möchte sie nicht empfehlen, weil, wie gesagt, ziffermäßige Abstufungen der Rechtsschutzgewährung in sich nicht zu rechtfertigen sind: es handelt sich dabei um völlig willkürliche Verlegenheitsmaßregeln. —

Soviel über die Anwendbarkeit ausgiebiger Berufungssummen bei uns nach dem Beispiel englischen Rechts.

Viel bedeutungsvoller aber ist die andere — sachliche — Beschränkung des Berufungswesens, die das heutige englische Gerichtswesen aufweist: es gibt dort nur eine Tatsacheninstanz! Der englische Berufungsrichter hat regelmäßig nur nachzuprüfen, ob die erstinstanzliche Entscheidung über die Rechtsfrage nach Maßgabe des vor dem Unterrichter verhandelten Tatsachenmaterials sich als zutreffend erweise oder nicht: „neue Beweismittel können vorgebracht werden a. ohne besondere Genehmigung 1. bei Berufungen gegen Zwischen-Verfügungen. 2. in Bezug auf Tatsachen, welche erst nach Fällung des angefochtenen Urteils sich ereignet haben; b. in allen anderen Fällen mit Genehmigung, — sie wird nur erteilt, wenn besondere Umstände vorliegen. Die Parteien können sich bei der Verhandlung in der Regel auf Rechtsbehelfe berufen, welche in der Vorinstanz nicht vorgebracht wurden, doch dürfen sie sich dabei nicht auf Beweismittel stützen, welche in der Vorinstanz hätten widerlegt werden können. — Der Gerichtshof ist befugt aus dem in der Vorinstanz vorgelegten tatsächlichen Material neue Folgerungen zu ziehen und selbständig in der Sache zu entscheiden“ (Schuster S. 204, 205). —

Hier nun ist nach meinem Dafürhalten die Stelle, an der wir, angesichts unseres gehäuften, über Parteiindifferenz und Nachlässigkeit und andererseits über Streitsucht und Verschlepp kraftlos hinwegsehenden Rechtsmittelwesens — zu lernen haben!

Aber nicht etwa, daß uns „England als Erzieher“ dienen könnte, daß wir von dorther allerlei zusammenhanglose, krause Einzelbestimmungen zu übernehmen hätten, wie sie von einer sich selbst überlassenen Praxis allmählig aufgestellt wurden! —

Was heute Not tut, ist nur, daß wir endlich uns wieder auf uns selbst, auf unsere Vergangenheit besinnen, auf die gesunden nationalen Rechtsgedanken, die wir in zuerst aussichtslosem, vierhundertjährigem Kampfe mit dem fremden Rechte zuletzt doch wieder allenthalben zum Siege geführt haben; freilich nur um sie — bald genug — wieder undankbar zu vergessen!

Ein solcher, für Art und Erfolg eines gegebenen Rechtsganges nach den verschiedensten Richtungen hin grundlegender Gedanke ist dieser:

Das im Rechtsstreite zu berücksichtigende Tatsachenmaterial wird endgiltig festgestellt vom Gerichte erster Instanz, dessen Urteil vom Berufungsgerichte nur darauf hin geprüft wird, ob nach Maßgabe des festgestellten Tatsachenmaterials die Rechtsfrage vom Untergerichte zutreffend gelöst sei.

So ist seit alters und immerdar, wenn deutsches Recht sich durchzusetzen vermocht hatte, das Wesen des Rechtszuges aufgefaßt worden. Der Ursprung aber dieser Auffassung läßt sich unschwer aufdecken. —

Zunächst sei daran erinnert, daß unser Volk besonders lange sich jenen Jugendzustand erhalten hat, nach dessen Auffassung der Gottheitsgedanke und der Rechtsgedanke eng neben

einander stehen, die Rechtsordnung und ebenso die konkrete Rechtsentscheidung sich als unmittelbare Äußerungen des höchsten Willens darstellen. Aus jener Zeit her stammt der gewaltige Ernst, der tiefe sittliche Gedanke,[22]) den der Germane in den Rechtsstreit hineinzutragen wußte. Durften doch die Parteien nicht anders als persönlich ihren Streit vor dem Volksgerichte durchführen, und mußte nicht zuletzt jeder der beiden Streiter mit seiner ganzen Person — im Gottesurteile — für das von ihm behauptete Recht eintreten! Bei solch hoher Bewertung der Verhandlungen vor dem Volksgerichte, war es selbstverständlich, daß der Rechtsgang schon früh durch bestimmte Formvorschriften geordnet wurde, zumal anderenfalls das damals allein in Frage kommende mündliche Verfahren alle Übersichtlichkeit verloren hätte. So teilten denn vornehmlich die sächsischen Quellen des Mittelalters den Rechtsgang in drei, scharf voneinander geschiedene Abschnitte: 1. die Verhandlung über die Verpflichtung zur Antwort; 2. die Behauptungen der Parteien in der Sache selbst; 3. das Beweisverfahren. — Es kann im gegebenen Prozeß der erste Abschnitt fortfallen wenn der Beklagte die Antwort nicht weigert. Ebenso bedarf es des dritten Abschnitts nicht, wenn Beweis außer Betracht steht. Soweit jedoch die drei Abschnitte zur Geltung gelangen, wird jeder derselben durch ein Urteil des Gerichts abgeschlossen, das den bis dahin verhandelten Streitstoff erledigt, und dies zwar endgiltig: die Partei darf im nächstfolgenden Abschnitte kein Verteidigungsmittel mehr verwerten, das im vorausgegangenen Abschnitte vorzubringen gewesen wäre: „es war notwendig, alle einem bestimmten Stadium des Prozesses angehörenden Angriffs- und Verteidigungsmittel auf einmal vorzubringen, wenn sie späterhin nicht gänzlich verloren sein sollten. Dies ist bekanntlich die sogenannte Eventualmaxime“

(Pl. Bw. S. 33) die bereits mit der wormser Reichskammergerichtsordnung v. 1521 eingeführt wurde und zu der — nach wechselnder Gesetzgebung — der jüngste Reichsabschied wieder seine Zuflucht nehmen mußte.

Solches Ergebnis beweist, das der rezipierte italienische Prozeß der Aufnahme deutscher Rechtsgedanken behufs Verbesserung des kammergerichtlichen Verfahrens zuletzt nicht unzugänglich war.

Nun liegt auf der Hand, daß nach den vorstehend wiedergegebenen germanischen Prozeßgrundsätzen „nova in keiner Weise zur Anfechtung eines Urteils benutzt werden konnten" (Pl. Bw. S. 33).

Damit aber war der denkbar schärfste Gegensatz zur Lehre des gemeinen Prozeßrechts gegeben, das nur die römische Appellation als ein novum judicium dem ganzen Umfange nach kannte. Die deutsche Urteilsschelte führt niemals zu einer Erneuerung der Parteiverhandlung, sie bewirkt nur Beseitigung des bisherigen Urteilsvorschlages und Findung eines anderen. Für dieses andere Urteil bleibt grundsätzlich die ganze Unterlage dieselbe, wie für das frühere. Nur der Rechtsspruch wird durch die Anfechtung in Frage gestellt, nur mit einem neuen Rechtsspruch darf sich das neu angerufene Gericht befassen. —

Es ist denn doch wohl von Interesse, daß der erste Angriff gegen das mit der römischen Appellation übernommene, schlechthin offenstehende novum judicium in der Oberinstanz, zwar in der wormser Ordnung stattfand, nicht aber bei Regelung des gemeinen Prozesses, sondern in dem von den Austrägen des hohen Adels handelnden Abschnitte (XXXIII, § 13). Hier heißt es: Welcher Theil auch von der ergangenen Urtheil an das Cammer-Gericht appelliren wolt,

der soll in der andern Instantz nichts neues einbringen, er behalt es dann bey dem Eid — daß er solchs in der ersten Instantz nicht Wissens gehabt, oder das nicht hab mögen (sc. können) einbringen, auch dafür halte, daß ihm solch neu Einbringen, zu Erhaltung seiner Gerechtigkeit dienlich sey." Der Deutsche hohe Adel also hatte die Stelle erkannt, an der die nationale Schelte und die römische Appellation sich voneinander schieden, und hier war man nicht gesonnen, das altüberlieferte heimische Recht preiszugeben.

Zwar wurde gleichzeitig auf Grund des von der Partei geleisteten sogenannten „Noveneides" prozessuale Restitution gewährt: wegen früherer Unkenntnis oder wegen Unmöglichkeit rechtzeitigen Vorbringens neuer Umstände; darin lag aber nur eine zeitgemäße Milderung des alten starren Rechtes. Der Grundgedanke blieb aufrecht erhalten. Der obige Eid findet sich dann in der K. G. O. von 1555 gleichlautend (II, 6), er wurde aber vom J. R. A. (§§ 73 und 118) nur mit erheblicher Abschwächung übernommen, denn fortan schwört der Appellant, „daß er seines neuen An- und Vorbringens in erster Instanz nicht Wissenschaft gehabt, oder solches dermahlen nicht einbringen können, oder einzubringen nicht für dienlich oder nöthig geachtet, nunmehr aber davor halte, daß solches alles zu Erhaltung seines Rechtens dienlich und nothwendig seye". Es ist klar, daß mit dieser ergänzten Eidesfassung nun wieder ein Schritt zu Gunsten des fremdrechtlichen novum judicium getan war, und die gemeinrechtliche Lehre, geführt insbesondere von Briegleb (summ. Proz. §§ 26 ff.) ist scharf dawider eingetreten. Aber es handelte sich eben um abwechsend einander ablösende Stadien im Kampfe des deutschen Prozeßrechts mit dem fremden rezipierten Rechte. — Und schon war ja der Stern des sogenannten „gemeinen Rechts" in der Neige begriffen.

Die durchweg gesunde deutsche partikulare Prozeßgesetzgebung war längst bei der Arbeit, dem „gemeinen Prozeßrechte“ — an dem die Kathederlehre sich immer von neuem stärkte! — den Boden abzugraben.

Bayern ist außerhalb des sächsischen Rechtsgebietes das einzige deutsche Land, das, trotz Übernahme des gemeinen Rechtsganges, den deutschen Grundsatz des Ausschlusses von Neuerungen in der Oberinstanz schon früh zur Geltung brachte und dann daran festhielt (Gesetz von 1616). Der Codex **Maximilianeus** erkannte diesen Grundsatz schlechthin an, und die Gesetzgebung der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts behielt ihn bei. Die badische Prozeßordnung von 1831 läßt im Rechtszuge der Oberappellation kein Vorbringen neuer Tatsachen zu. Das kurhessische Gesetz von 1834 gestattet das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel nur wenn sie, verbunden mit einem begründeten Restitutionsgesuche, vorgebracht werden. Braunschweig beschränkt erheblich das beneficium novorum. In Oldenburg und im Fürstentum Lübeck wird der Standpunkt der Restitution aufrecht erhalten: der Noveneid lautet korrekt dahin, daß die Tatsache erst nachträglich entstanden, oder dem Antragsteller bekannt geworden sei, bezw. daß derselbe trotz sorgfältiger Nachforschung erst nachträglich Wissenschaft von den neuen Beweismitteln erlangt habe. Nach der Bremer Gerichtsordnung von 1814 wird der Appellant mit seinen neuen Einreden und Beweisen nur dann zugelassen, wenn er eidlich erhärtet, daß er dieselben in voriger Instanz nicht gewußt, oder sie damals einzubringen nicht vermocht habe. Die Ordnung des Ober-Appellationsgerichts der freien Städte bestimmt: „neue Tatumstände und darauf gegründete Einreden, sowie neue Beweismittel sind — nur dann zulässig, wenn sie erst nach der Zeit, wo

sie hätten beigebracht werden müssen, neu entstanden oder doch neu aufgefunden worden sind. In Frankfurt a. M. konnte behufs Zulassung von Neuerungen der Richter den Eid über früheres Nichtkennen der Nova auflegen. Das O. A. G. zu Wolfenbüttel läßt prätorische Restitution nur zu, wenn die Ursache der Versäumnis ohne der Partei eigene, ihr rechtlich beizumessende Schuld eingetreten ist. In den beiden Großherzogtümern Mecklenburg (1818) wird neues tatsächliches Vorbringen in der Oberinstanz zugelassen nach Ableistung des dem J. R. A. gemäß formulierten Noveneides, aus dem jedoch die verkehrte Klausel „nicht für dienlich erachtet" gestrichen ist. In der hannoverschen Prozeßordnung von 1847 lautet der Noveneid dahin, daß die von der Partei benutzten neuen Tatsachen oder Beweismittel erst nach dem in erster Instanz zu deren Geltendmachung bestimmten Zeitpunkte zu ihrer Kenntnis gelangt seien." [23])

Die vorstehenden Ausführungen schildern, freilich in einer der wichtigsten Fragen des Rechtsganges, den typischen Verlauf des mehrhundertjährigen Kampfes zwischen deutschem und romanischem Prozeßrechte. — Zunächst scheint das fremde Recht alles bisherige Recht zu überfluten; nur ganz allmählig und vorsichtig versucht die deutschrechtliche Auffassung sich zur Geltung zu bringen, während das Gebiet sächsischen Rechts schlechthin Widerstand leistet. Der J. R. A. von 1654 kennzeichnet in der gemeinrechtlichen Gesetzgebung einige Annäherung an deutsche Rechtsgedanken. Dann aber — im ersten Viertel des 19. Jahrhunderts — tritt die Wende ein: die sich freier fühlende Partikulargesetzgebung bringt in gesunder Arbeit wieder allenthalben deutsches Recht zur Geltung, das nunmehr auch energisch zum Ausbau des gemeinrechtlichen Prozesses verwertet wird. Die erfreuliche Reaktion währt bis zur Mitte

des 19. Jahrhunderts. Aber auch hier macht sich „das tolle Jahr“ 1848 geltend; immer mehr richten sich die Blicke auf das französisch-rheinische Gerichtswesen, und 20 Jahre später bringt uns der Sieg über unsere Nachbarn zugleich eine schier hoffnungslose Niederlage des deutschen Rechts in — unserer heutigen Zivilprozeßordnung!

Ich wiederhole: Das Bild, das ich in flüchtigen Strichen gezeichnet habe vom Gange und Ausgange des Kampfes zwischen deutschem und romanischem Rechte, — es ist typisch für die geschichtliche Grundlegung aller bedeutsamen Einrichtungen unseres Prozeßrechts. Aber zu besonderem Stolze dürften wir beim Rückblick auf eine solche Rechtsentwicklung schwerlich berechtigt sein: es sind echt deutsche Rechtsgedanken, die uns Adickes (I, 126) aus der Anschauung englischer Rechtspflege vorhält: hohe Bewertung der ersten Instanz, gesunde Einschränkung des Rechtsmittelwesens. Das alles haben wir uns selbst geschaffen und lange in Zufriedenheit besessen. Schade nur, daß wir späterhin wieder in den leidigen Erbfehler verfielen, das fremde Recht nur seiner Fremdheit zu Liebe auf den Schild hoben, und unser wackeres nationales Recht untreu bei Seite warfen! — —

5. Die Aufzählung der „neuen Ideale“ beschließend, schreibt Adickes (I, 126): „das Verfahren in Zivilsachen ist so eingerichtet, daß die Streitsachen in großem Umfange vor dem Urteil vergleichsweise erledigt werden. Für die kleineren Sachen besteht ein besonders einfaches Verfahren: die summarische Jurisdiktion.“

Gewiß, es würde mich nicht wundern, wenn ein am heutigen Prozeßrechte ausgebildeter deutscher Richter diese Sätze achselzuckend als leere Phrasen bezeichnen und etwa, wie

folgt abtun wollte: „der Richter ist ja doch nicht in der Lage, hartnäckige Prozeßparteien zum Vergleichschlusse zu zwingen, und unser zur Zeit auch die kleinsten Rechtsstreitigkeiten beherrschendes Amtsgerichtsverfahren ist schon reichlich einfach, geht überdies gerade jetzt noch weiterer Vereinfachung und Kürzung entgegen!“

Für mich aber ist es von allergrößtem Interesse, an dieser Stelle nachweisen zu können, wie sicher der Verfasser der Grundlinien, schlechthin auf sich selbst gestellt, allein aus seiner rein germanischen Auffassung von Recht und Rechtsgang heraus, — auf die entscheidenden Reformfragen hinzuweisen vermocht hat.

Was Abickes hier als den Schlußstein seiner überall zutreffenden Ausführungen zur Sprache bringt, ist seit der Rezeption Jahrhunderte hindurch segensreich geübtes deutsches Recht. Aber dieses abseits liegende, wenig beachtete Stück deutscher Rechtsgeschichte war unserem Reformator sicherlich fremd zur Zeit, da er sein „videant consules“ vorbrachte! Hätte er es gekannt, so hätte er sicher nicht gesäumt, den zahlreichen ihm entgegentretenden Anglophoben die bereitliegende, schneidige historische Waffe entgegenzuhalten! — —

Ich muß doch, um das soeben gesagte zu erläutern, weit zurückgreifen auf die Vergangenheit deutschen Gerichtswesens.

III.

Deutsche Auffassung von Gericht und Rechtsgang.

Volk und Knecht und Überwinder,
Sie gestehn zu jeder Zeit,
Höchstes Glück der Erdenkinder
Sei nur die Persönlichkeit.

Goethe, Suleika.

Der vom Staat geordnete Richter, welcher den Streit durch richtige Anwendung des Gesetzes auf die dabei zugrunde liegenden Tatsachen entscheiden soll, hat die nächste Pflicht, folglich auch das nächste Recht, sich von der wahren und eigentlichen Bewandnis dieser Tatsachen zu versichern.

Allgem. Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten vom 6. Juli 1793, Teil I, Prozeßordnung, Einleitung § 6.

Das Gerichtswesen der alten Germanen, je mehr wir in dasselbe einzudringen suchen, zeigt uns oft genug einen Januskopf: zwiespältig erscheinen uns die Rechtsgedanken, die gleichzeitig zur Geltung gebracht werden.

Cäsar ist es, der von den germanischen principes regionum atque pagorum berichtet: „inter suos jus dicunt"; aber er unterläßt nicht hinzuzufügen: „controversiasque minuunt". Nicht nur Rechtsprechung, Aburteilung kommt in Frage, sondern ebenso auch gütliche Beilegung entstandener Rechtsstreitigkeiten. Dem Scharfblick des großen Römers ist der Gegensatz nicht entgangen, den das Gerichtswesen unserer Altvorderen zur Erscheinung bringt: Der fürstliche Leiter der rechtsprechenden Gemeindeversammlung übt außerhalb dieser Versammlung als sein Recht und seine Pflicht eine versöhnende, vermittelnde Tätigkeit, die den Rechtsfrieden unter den Gemeindegenossen aufrecht erhalten soll. — Erst wenn nach dieser Richtung Erfolg nicht mehr erreichbar erscheint, greift der förmliche Rechtsgang im Ding Platz, der als ein Krieg, als ein Kampf unter den Parteien aufgefaßt wird.

Das gilt aber nur für die schwersten, unsühnbaren Zusammenstöße. „Soweit es sich um sühnbare Rechtsverletzungen handelt, bezweckt das gerichtliche Verfahren, an Stelle des Streites einen Vertrag, eine Sühne der Parteien zu setzen. Durch das Urteil des Gerichts wird den Parteien auferlegt, einen Sühnevertrag abzuschließen, indem es dessen Inhalt

näher bestimmt. Das Urteil wird daher selbst als Sühne — bezeichnet. Vorbild der gerichtlichen Sühne dürfte die außergerichtliche Sühne gewesen sein. In Fällen, in welchen eine solche nicht zustande kam, machte die von dem Verletzten angerufene Gesamtheit einen Sühnezwang geltend. Wer sich weigerte, die durch das Urteil auferlegte Sühne einzugehen, wurde aus der Friedens- und Rechtsgemeinschaft ausgestoßen und damit zum Feinde des Gemeinwesens erklärt." [24])

Und andererseits: bei der Verhandlung ist „das Ermessen des Gerichts in die denkbar engsten Grenzen gebannt" — die selbständige Parteihandlung bildet den eigentlichen Schwerpunkt des Rechtsganges, „der Zwang der Form mußte das Verfahren in festem Geleise halten." Doch „gibt es Formen des Rechtsganges, die sich unter Umständen durchaus außergerichtlich abwickeln, also der gerichtlichen Tätigkeit völlig entbehren können", „der altdeutsche Rechtsgang zeichnet sich durch einen einfachen aber großartigen Formalismus aus. Er stellt sich zugleich als ein Verfahren strengen Rechts dar, da Formverstöße und fehlerhafte Erklärungen unheilbar waren." Aber „minder förmlich wird das Verfahren in den Sippegerichten gewesen sein. Nach deren Vorbild hat sich vermutlich das der Schiedsgerichte gestaltet, das nachmals als ein Verfahren mit Minne, mit Freundschaft, auf „Gleich" dem Verfahren mit Rechten gegenübergestellt wurde". [25]) Das sind Gedanken und Einrichtungen, die sich ungezwungen einstellen und durchsetzen mochten, so lange in noch unentwickelten Verhältnissen dem Germanen der Individualismus des reifen Römertums einstweilen fremd war; so lange er in erster Reihe sich fühlte als Mitglied der Gemeinde, der Genossenschaft: — Genossenschaft und Gemeinde bedurften eben, um zu gedeihen, vor allem des Rechtsfriedens.

Es steckt denn doch wohl viel Wahrheit in den feinsinnigen Ausführungen, mit denen von Bethmann-Hollweg die römische, und ihr gegenüber die germanische Auffassung vom Rechtsstreite kennzeichnet: „Das subjektive Recht ist zwar auch dem Römer ein Attribut der Person; allein da er sich dasselbe objektiviert, so entsteht im Fall seiner Verletzung nur ein Streit um dieses Recht, das als Aktio von dem Berechtigten geltend gemacht und, wenn er den Richter davon zu überzeugen vermag, von diesem anerkannt und geschützt wird.“ — Der Germane, dem vermöge seines Subjektivismus die Person im Rechte alles ist, faßt auch das subjektive Recht zunächst als ein unablösbares Attribut derselben auf; wird es verkannt, so glaubt der Berechtigte sich damit zugleich persönlich verletzt. Und der Richter folgt ihm in dieser Anschauung, weil ihm das allgemeine Recht stets konkret, als der Tatsache immanent erscheint, er also die Verletzung des einzelnen subjektiven Rechts und des objektiven, allgemeinen, in der Person des Berechtigten nicht zu unterscheiden vermag. Hierauf beruht es, daß das germanische Recht jedes Unrecht als Verletzung der Person (delictum privatum) betrachtet und so behandelt“.[26]) Ebenso hebt Gierke hervor: „im älteren deutschen Recht fehlt es an einer bewußten Erfassnng des Gegensatzes von objektivem und subjektivem Rechte, so daß objektives und subjektives Recht einander in unlöslicher Mischung durchdrangen“.[27]) Und eingehender führt von Bethmann-Hollweg noch aus: „wird das subjektive Recht der Person verletzt, so ist damit (nach germanischer Auffassung) immer zugleich diese, die Person verletzt; — der Berechtigte, wenn er das ihm zugefügte Unrecht nicht selbst rächen will, klagt es dem Richter“ — „Nur wenn der eine oder andere (der Parteien) will, kann er den Beweis seines

Rechts antreten und ein Urteil darüber verlangen — also gewissermaßen den akkusatorischen Kriminal- in den reinen Zivilprozeß überleiten. Kurz, die römische Rechtsanschauung betont überwiegend das Recht, die germanische die Verletzung, und die ganze Gestaltung des Rechtsstreits ist dadurch bedingt. —

In der Tat ist es ein glücklicher, fruchtbarer Gedanke, dem die genannten beiden so verdienstvollen Forscher auf dem rechtsgeschichtlichen Gebiete übereinstimmend Ausdruck gegeben haben mit dem Satze, daß dem alten Germanentum die bewußte Erfassung des Gegensatzes von objektivem und subjektivem Rechte gefehlt habe, daß nach der Anschauung jener Zeit „objektives und subjektives Recht einander in unlöslicher Mischung durchdrangen.“ Bethmann-Hollweg hat nicht mehr Gelegenheit gehabt an den einzelnen Einrichtungen des altgermanischen Gerichtswesens die Begründung seines zusammenfassenden Ausspruchs darzutun; aber der Weg zu selbständiger Nachprüfung ist uns gewiesen, und wer diesen Weg heute beschreitet, der wird reichlich belohnt durch das sich ihm eröffnende Verständnis für Einzelheiten, die anscheinend sich nicht einfügen lassen in das Gesamtbild des uns überlieferten germanischen Gerichts und Rechtsganges.

Schon die Volksrechtsprechung, wie sie uns von den Römern bezeugt wird, als durchweg den germanischen Stämmen eigen, kennzeichnet uns die germanische Auffassung des Rechts als der geordneten Friedensgemeinschaft, die das Gemeinwesen sicher zusammenhält, und zu deren Aufrechthaltung jeder Gemeindegenosse das seinige zu tun verpflichtet ist in persönlicher Teilnahme an der Rechtsprechung. — Gewiß, dem einzelnen verletzten Gemeindegenossen soll Recht gewährt werden, wie es ihm im konkreten Falle zukommt. Aber daneben, oder

richtiger wohl darüber steht der Gedanke, daß die Gemeinde und jedes einzelne Mitglied gleichmäßiges Interesse haben an voller Durchführung der anerkannten Rechtsordnung in jedem einzelnen Konflikt zweier Rechtsgenossen.

Der älteste germanische Rechtsgang, „der Prozeßkrieg", war ein Kampf zwischen zwei Gemeindemitgliedern, die ihre unsühnbare Streitsache schlechthin untereinander erledigten, einzig gebunden an die immerhin auch für solchen Fall von der Rechtsordnung gesetzten Formvorschriften. Zuviel wohl hat man gerade diese Streiterledigung bislang in den Vordergrund gestellt, als die allein ursprüngliche.

Soweit es sich um sühnbare Rechtsverletzungen handelt, bezweckt also das gerichtliche Verfahren an Stelle des Streites einen Vertrag, eine Sühne der Parteien zu setzen. Wer sich dem Sühnezwang nicht unterwarf, wurde aus der Gemeinschaft ausgeschlossen. Hier kann kein Zweifel obwalten über die Anschauung jener Zeit: Ziel des zur Auferlegung des Sühnevertrages führenden Verfahrens war offensichtlich in erster Reihe die Wiederherstellung des gestörten Gemeindefriedens: in jedem einzelnen Rechtsfalle kam das Interesse der ganzen Gemeinde in Frage; denn das objektive Recht, die Rechtsordnung selbst war gefährdet, oder gar durchbrochen, — sie in Bestand zu erhalten, oder wieder zurechtzustellen war Sorge und Pflicht der zum Ding versammelten Genossen.

In diesen Gedankenzug ordnen sich denn auch ungezwungen ein die schon für die fränkische Zeit nachgewiesenen Betätigungen selbständiger Richtergewalt, die auf Herbeiführung gleicher Stellung der Parteien im Rechtsgange abzielen, wie insbesondere die Anweisung an den Grafen: „Witwen, Mündeln und Armen, die des Rechtes nicht kundig sind, von Amtswegen einen Vorsprecher zu geben.[25]) Das sogenannte „Ver-

handlungsprinzip" galt schlechthin eben nur für den „Prozeßkrieg". Ob solcher Prozeßkrieg noch die regelmäßige Form des Streitaustrags war, mag hier dahin gestellt bleiben. Sicher durfte im älteren Sühneverfahren, das neben dem Prozeßkriege zur Anwendung kam, der Richter in größerem oder geringerem Umfange seinerseits eingreifen; handelte es sich doch darum, im Interesse des Rechtsfriedens in jedem Falle die Vorschriften des objektiven Rechts durchzuführen, ihre Umgehung zu verhindern. So berichtet denn auch von Amira: „wo sich ein Königsgericht als Billigkeitshof entwickelte — mußte die Prozeßleitung aus der Hand der Parteien in die des Richters übergehen. — Je entschiedener die Aufgabe des Billigkeitsrichters betont wurde, desto weniger konnte er an der Strenge des Formalismus festhalten. Nach den südgermanischen Rechten ist es „der Richter, dem die Vermittelung durch seinen Bann zufällt, wie ja auch ihm geklagt wird. Sogar ein Fragerecht gegenüber den Parteien wird ihm mitunter eingeräumt".[29])

Allein, wenn alle diese Einzelheiten in ihrem ersichtlichen Zusammenhange, entgegen den älteren Gestaltungen, ein normales Erstarken der selbständigen Richtergewalt kennzeichnen, so bleibt doch auf lange Zeit unberührt der den germanischen Rechtsgang beherrschende Grundgedanke, daß schließliches Ziel des Gerichtswesens immer nur ist: Aufrechthaltung des Rechtsfriedens in der Gemeinde durch Verwirklichung der objektiven Rechtsordnung. — Nicht der Streit um das subjektive Recht des einzelnen Gemeindegenossen steht im Vordergrund der Gerichtsverhandlung!

Den bündigen Beweis für die Herrschaft dieser Rechtsauffassung im germanischen Rechtsgange liefert uns das Ver-

fahren bei der Schelte des Urteils, der germanischen Berufung, wie sie noch in den mittelalterlichen sächsischen Rechtsquellen dargestellt wird: „wer das gefundene Urteil, bezw. den Urteilsvorschlag „schilt", versagt ihm nicht nur die Folge, er erhebt zugleich gegen den Finder den beleidigenden Vorwurf, daß er ein unrechtes Urteil gefunden habe". Er erklärt, „den Finder persönlich angreifend, vor versammeltem Gerichte, derselbe habe ein unrechtes Urteil gefunden, zeiht diesen nicht der Unwissenheit oder des Irrtums, sondern einer „Verletzung seiner beschworenen Pflicht" die eben dahin geht, der objektiven Rechtsordnung Geltung zu schaffen.

Das Recht, Urteil zu schelten geht aber parallel mit dem Recht, Urteil zu finden. Wer in der betreffenden Gerichtsversammlung Urteil finden kann, kann dort auch Urteil schelten. Urteil schelten kann nicht bloß die Partei, sondern jeder im Gericht Anwesende. Die Schelte nun führt zu einem Zwischenstreit zwischen dem Urteilsfinder und dem Schelter; bis zur Erledigung dieses Zwischenstreites ruht der Rechtsstreit der ursprünglichen Parteien. Einstweilen sind nur Schelter und Finder die einander gegenüberstehenden Gegner. „Sie sind es, nicht die ursprünglichen Parteien, die mit den Boten des Richters zu dem höheren Gericht ziehen, die unter Umständen selbsiebent miteinander fechten." [30])

Also: zwei in der Gerichtsversammlung anwesende, an dem gerade verhandelten Rechtsstreite völlig unbeteiligte Gemeindegenossen sind uneins über das zu fällende Urteil: der eine von ihnen erhebt die Schelte, der andere ist verpflichtet sich jenem zum entscheidenden Zweikampfe entgegenzustellen, bezw. vor dem höheren Gerichte die Meinungsverschiedenheit zum Austrag zu bringen, während vielleicht die ursprünglichen Prozeßparteien mit dem gescholtenen Urteilsvorschlage ganz

zufrieden sind! — Das ist für uns heute befremdlich genug, im Sinne der damaligen Rechtsauffassung aber durchaus folgerecht: denn jeder am Ding teilnehmende Gemeindegenosse hatte als solcher so Pflicht wie Recht: ohne alle Rücksicht auf das Interesse der gerade im Streit befangenen Parteien für die Einhaltung der Vorschriften des objektiven Rechts, der Rechtsordnung einzutreten. Dies kann nicht genug betont werden, denn klar liegt doch wohl zu Tage, daß ein solchem Ziele entgegenstrebendes Gerichtswesen früher oder später sich der Herrschaft des Formalismus entledigen mußte, um danach in energischer Wandlung zu materieller Rechtsprechung, durchgeführt von wohlwollenden, das Vertrauen der Bevölkerung genießenden Richtern überzugehen.

Und so ist es denn auch gekommen, obgleich die reizvolle Beschäftigung mit den ältesten, dunkelsten Zeiten doch vielleicht gelegentlich das Verständnis getrübt hat für die anders geartete, den urzeitlichen Anfängen entgegengesetzte Entwickelung unseres Rechtswesens.

Das mittelalterliche deutsche Gerichtsverfahren spiegelt im wesentlichen noch die alten Gestaltungen wieder und manche Übung alter Zeit vermag auch jetzt noch unter veränderten Zuständen gute Dienste zu leisten, wie ehemals. Aber der Krieg Rechtens war längst nicht mehr schlechthin Ausgangspunkt der deutschen Prozeßentwickelung, hat wohl auch im deutschen Mittelalter kaum jemals die überwiegende Art der Erledigung privater Streitigkeiten gebildet. Von der Sühne, der Versöhnung, die äußersten Falles in alter Zeit durch die Genossen vorgeschrieben werden durfte, nimmt jetzt das Verfahren seinen Anfang; vom Sühneverfahren zweigt sich der Rechtsgang im engeren Sinne ab; ein Teil der Streitigkeiten, vielleicht der größere, wird nach wie vor mit

„Minne“, gütlich, „to like“, ex aequo et bono erledigt, wiewohl Zwang dazu nicht stattfindet.[31]) Bezeichnend aber für die Volksanschauung ist, daß die gütliche Vereinigung stets versucht wird, bevor man den Rechtsweg beschreitet.

Als nun das fremde Recht sich immer mehr durchsetzte, da schrieb die Partikulargesetzgebung ausdrücklich vor, was bis dahin als selbstverständlich geübt worden war und sich bewährt hatte, dem Standpunkte des italienischen Rechts aber keineswegs entsprach: die Parteien wurden verpflichtet, vor Beginn des förmlichen Prozesses sich dem Versuche eines gütlichen Ausgleichs zu unterwerfen. Scheiterte solcher Versuch, mißlang die Friedensvermittelung, dann erst durfte der entgegengesetzte Weg betreten, — zum „Kriege“ geschritten werden. Denn der italienische Prozeß ist von unserem Volke immerdar aufgefaßt worden als der „Krieg Rechtens“; für die „Litiskontestation“ verwandten die deutschen Gesetzgeber jener Zeit ausschließlich das Wort: „Kriegsbefestigung“. Und vor solchem Prozeßkriege mit seinen unberechenbaren Wechselfällen wird in der damaligen Gesetzgebung eindringlich gewarnt: er soll möglichst vermieden werden durch offene Darlegung des Sachverhalts vor dem Richter. Zu erfolgreicher Güteverhandlung müssen die Parteien bevor der Prozeß beginnt dem Richter das Material so vollständig mitteilen, daß er eine Übersicht über die Streitlage gewinnt, die ihm einen annehmbaren Vergleichsvorschlag ermöglicht. Die Parteien werden in den Gesetzen noch besonders darauf hingewiesen, daß sie — zur Vermeidung des „Kriegs“ — nach mißlungener Güteverhandlung auch den Richter ermächtigen könnten, nach seinem billigen Ermessen die Entscheidung zu treffen, ohne Berücksichtigung des strengen Rechts, ex aequo et bono.

Im Notstande, den das fremde, oft genug in fremder

Sprache angewandte Prozeßrecht mit seiner ausgebildeten, gefahrvollen Technik über unser Gerichtswesen heraufbeschwor, hat die Partikulargesetzgebung fast allenthalben den staatlichen Richter ermächtigt und verpflichtet, eine freie Vergleichsverhandlung mit den Parteien zu eröffnen und zu Erlangung eines guten Schiedsspruches die Parteien wieder auf den staatlich bestellten Richter verwiesen, der, wenn die Parteien sich damit einverstanden erklären, nach freiem Ermessen, ohne an den Prozeßformalismus gebunden zu sein, verhandeln und entscheiden kann.

Deutlicher als in dieser ganz gewöhnlichen Bestimmung der Partikularrechte konnte sich die deutsche Abneigung gegen den fremdrechtlichen Prozeßkrieg wohl nicht aussprechen, denn geraden Weges wird auf das beste Mittel zur Vermeidung des Prozeßkrieges hingesteuert: der Richter selbst soll von beiden Parteien als ihr Vertrauensmann aufgefaßt werden. Auf eine innere Stärkung und Steigerung des richterlichen Ansehens und der richterlichen Gewalt drängten diese gesetzgeberischen Bestrebungen hin, und der gewünschte Erfolg mußte durch die praktische Übung überall dort erreicht und immer mehr gesteigert werden, wo man in der Lage und willens war, die gesetzlichen Vorschriften ernstlich durchzuführen.

Von hohem Interesse ist, daß später dem Gerichte ausdrücklich Macht gegeben wurde, wenn ihm die Sachlage dazu geeignet erschien, ohne weiteres auf die Güteverhandlungen — d. h. ohne rechtlichen Prozeß — den entgiltigen Spruch zu tun. Dies war aber offenbar nur möglich, wenn beim gütlichen „Verhör“ der Richter durch formlose Verhandlung mit den Parteien, durch Befragung derselben die entscheidenden Tatsachen außer Streit gesetzt hatte. War das gelungen, und lehnten die Parteien wegen Meinungsverschiedenheit über die

Rechtsfrage einen Vergleich ab, so stand der sofortigen Rechtsentscheidung durch denselben Richter, der bis dahin zur Güte verhandelt hatte, nichts im Wege.

Anders, wenn die Güteverhandlung erhebliche tatsächliche Differenzen zwischen den Parteien zu Tage gefördert hatte. Hätte man den Gegensatz des gütlichen Verfahrens zum Rechtsverfahren konsequent durchführen wollen, so wäre das nächstliegende gewesen, alsbald beim Auftauchen einer gütlich nicht zu lösenden tatsächlichen Differenz die Vergleichsverhandlung abzubrechen und den Parteien die Einleitung eines vollständigen ordentlichen Prozesses zu überlassen. So aber ging man keineswegs vor, man ließ vielmehr „den Prozeß gleich mit dem Beweise anfangen". Das soll bedeuten: der das Verhör zur Güte leitende Richter sollte in formlosem Verfahren den status causae et controversiae vollständig klarlegen, die Verhandlung wurde protokolliert, und wenn der Vergleichsversuch mißlang, so sollte alsbald auf Grund des bisherigen Verhandlungsergebnisses das Beweisverfahren eröffnet werden. Von diesem Zeitpunkt ab wurde allerdings nach den Regeln des ordentlichen Prozesses verhandelt, von hier hatte „der Prozeß" — d. h. der fremdrechtliche Rechtsgang — „angefangen".

Das formlose Güteverfahren erobert sich auf diesem Wege einen ganzen Abschnitt des Prozesses, und zwar den wichtigsten, grundlegenden ersten Abschnitt, in dem die Sammlung des Behauptungsmaterials stattfindet. Bis zu diesem Punkte glaubte man auch ohne Hilfe des fremdrechtlichen Prozesses auskommen zu können; — darüber hinaus, sobald Beweisführung nötig wurde, nicht. Auch das ist bezeichnend, denn die Beweislehre des mittelalterlichen deutschen Prozesses hatte sich längst überlebt; an diesem Punkte war das fremde Recht

dem Bedürfnisse entgegen gekommen, hier wollte man bewußt der reiferen italienischen Lehre Eingang geben. Denn durchgesetzt hat sich für den deutschen Prozeß der Gedanke, daß der Richter im Urteil *seine Überzeugung* von der Wahrheit der Parteibehauptungen geltend machen solle, erst mit Übernahme des fremdrechtlichen Verfahrens. Nach den vorstehenden Ausführungen war freilich das Anwendungsgebiet des italienischen Prozesses — wenn man vom Reichskammergerichte absieht — immerhin erheblich eingeschränkt. Doch die freiere, selbständigere, der Parteiwillkür übergeordnete Stellung des Richters im Güteverfahren mußte notwendig auch auf die Beurteilung des Richteramts im ordentlichen Prozesse allmählich Einfluß üben. Es war nur folgerecht, daß der Richterstand jener Zeit sich bestrebte, sein Amtsrecht auch im solennen Verfahren energischer geltend zu machen.

So kam es denn, daß allmählich immer häufiger von den partikularen Prozeßordnungen Bestimmungen gebracht wurden, die auch für den ordentlichen Prozeß eine Stärkung der Richtergewalt und entsprechend eine Beschränkung der später sogenannten „Verhandlungsmaxime" durchführten.

Ein anschauliches Beispiel liefert Württemberg, woselbst ein unbeschränktes Fragerecht des Gerichts zur Ausbildung und gesetzlichen Anerkennung gelangte, derart, daß die Partei auf den von ihr geleisteten Kolumnieneid hin die Fragen zu beantworten hatte, die ihr vom Gerichte nach freiem Ermessen vorgelegt wurden. Und dabei durfte das Gericht, ganz frei von sich aus auf die Sache eingehend, der Partei Fragen stellen und, zur Erleichterung offenen, wahrheitsgemäßen Antwortens für den Befragten, diesen getrennt vom Gegner, unbegleitet von seinem rechtskundigen Anwalt „verhören". — Kein Zweifel: der württembergische Gesetzgeber vom Jahre

1654 hatte am fremdrechtlichen Prozesse zur Genüge erfahren, daß die unbeschränkte Herrschaft der Parteien über das Prozeßmaterial eine zutreffende, gerechte Entscheidung nicht verbürge; für den äußersten Fall mußte andere Hilfe gebracht werden; man suchte sie auf der entgegengesetzten Seite und griff unbedenklich zum — Offizialprinzip! Und das zwar ganz bewußt: unter Beiseiteschiebung der Mittelspersonen (der Advokaten) und ausdrücklich: „damit niemand in der Hauptsach, so viel möglich unrecht geschehe, ob gleich die Zierlichkeit der geschriebenen Rechten, nicht allerdings gehalten, wie man dann mehr die Billigkeit dann die Strengigkeit der Rechten für Augen haben solle".[32])

Und drängte nicht die auf den vorausgehenden Seiten kurz gezeichnete Entwickelung des partikularen Prozeßrechts offensichtlich auf solche Ziele hin? — Man war eben des fremdrechtlichen formellen Rechtsganges überdrüssig, man hatte das Vertrauen auf die Zuverlässigkeit dieses technischen Machwerks verloren, man wollte vom staatlich erhöhten Richter in einfacher, auch dem Laien verständlicher Verhandlung seinen Rechtsspruch empfangen. —

In Preußen, das längst dem Güteverfahren breiten Raum gewährt hatte, wurde dann die reife Frucht gebrochen, als Suarez im Vorbericht zum corpus juris Fridericianum erklärte: vornehmster Endzweck der neuen Prozeßform sei: 1. „den Richter in Stand zu setzen, die Wahrheit selbst aufzusuchen; dagegen aber auch 2. die Partheyen gegen alle willkührliche Behandlung zu sichern"; und weiter (I.). „Die Untersuchung des Facti soll von dem Richter unmittelbar und hauptsächlich besorgt werden; und dieser soll schuldig sowohl als befugt seyn, alle an sich erlaubte und der Sache gemäße Mittel zur Erforschung der Wahrheit anzuwenden". — Dazu

dann die meisterhaften Vorschriften über die Regulierung des Status controversiae (X. Abschnitt 1 §§ 8 ff.), die für jeden, der nicht die Augen verschließen wollte, klarlegten, daß von nun ab der Prozeßkrieg beseitigt sein solle, und an seine Stelle zu treten habe: gemeinsame ehrliche Arbeit des Gerichts und der Parteien behufs Erlangung einer gerechten Entscheidung.

Dies ist auch heute noch das letzte Ziel dem wir bei Neugestaltung des deutschen bürgerlichen Rechtsganges entgegenzustreben haben, und das zwar mit guter Zuversicht, denn unerreichbar ist es gewiß nicht, mag auch die fremdrechtliche Lehre in vornehmer Verblendung über die gesunden, volkstümlichen Gedanken der friderizianischen Zeit längst hinweggeschritten sein![33])

5a. Der letzte der von Adickes (I, 126) aufgestellten Leitsätze lautet: Das Verfahren in Zivilsachen ist so eingerichtet, daß die Streitsachen in großem Umfange vor dem Urteil vergleichsweise erledigt werden. — Ich habe viel Raum verwenden müssen, um darzulegen, daß wohl kaum ein anderes Volk so energisch und einmütig wie wir Deutsche in der Vergangenheit den Grundsatz vertreten habe, ein billiger, die Parteien befriedigender Vergleich sei wertvoller als ein nach allen Regeln der Rechtskunst eingeleiteter und durchgeführter Prozeß. Wenn ein Grundsatz für die Bewertung des Gerichtswesens bei uns unantastbar gewesen ist, so war es eben dieser.

Und nach Maßgabe des geschichtlichen Materials konnte ich nicht über die unbestreitbare Tatsache hinweg gehen, daß das Streben nach gütlicher Auseinandersetzung der streitenden Parteien sogar den Ausgangspunkt bildet für denjenigen Rechtsgang, dem unser Volk in ganz

besonders zäher, ausdauernder Arbeit die Wege geebnet hat. — Es sind die Prozeßgedanken der friderizianischen Zeit auf die ich abziele: Das unmittelbare Streben nach Erforschung der Wahrheit als Grundlage der Gerechtigkeitsübung.

Angesichts der durchgreifenden Stellung, die geschichtlich das Sühneverfahren und danach das Verfahren zur Güte im deutschen Rechtsgange eingenommen haben, möchte man fast bekennen: Die geschichtliche Entwickelung des deutschen Prozeßrechts bestehe in einer stetig wachsenden Ablehnung eines jeden (sc. formellen) „Proceßrechtes!“ —

Um nichts zu übergehen, hebe ich abschließend hier nur noch hervor, daß die von Adickes im Hinblick auf englisches Recht gestellte Forderung (I, S. 126):

5b „Für die kleineren Zivilsachen besteht ein besonders einfaches Verfahren, die summarische Jurisdiktion“,

im jüngeren deutschen Gerichtsverfahren wohl allenthalben Erfüllung gefunden hat. Gemeint ist offenbar nicht der technisch sogenannte summarische Prozeß, über den mehrfach Streit herrschte (der Provokations-Rechnungs-Besitz-Mandatsprozeß), sondern der „Bagatellprozeß“, das abgekürzte, vereinfachte Verfahren, wie es gehandhabt wurde in Streitsachen, deren Wert einen bestimmten geringfügigen Betrag nicht überstieg (meist bis zu 50 Gulden, oder 50 Talern). Solcher Bagatellprozeß, in den verschiedenen Gebieten sicher nicht gleich geordnet, fand dann bei Erneuerung der Gesetzgebung, wenn die geübte Vereinfachung sich bewährt hatte, gelegentlich auch als Vorbild für den ordentlichen Prozeß Verwendnung. Ich brauche nur zu erinnern an Samuel von Coccejis treffliche Leistung: Das Edikt vom 24. Februar 1739 über das Verfahren

in Bagatell-Sachen und an die preußische Verordnung vom 1. Juni 1833 über das Verfahren in Bagatellsachen, die dann durch Verordnung vom 11. Juli 1846 zur Grundlage des neupreußischen Prozesses wurde.

Und nun, nach dieser Abschweifung, die füglich nur eine unentbehrliche Begründung darbietet, — wieder zurück zu den Adickesschen Idealen und zu den Wegen ihrer Verwirklichung!

Adickes selbst hat (II, S. 7) hervorgehoben, „daß der eigentliche, der Hauptzweck seiner Veröffentlichungen, die Eröffnung einer eingehenden Erörterung der von ihm angeregten neuen Gesichtspunkte nur zum kleineren Teile erreicht worden sei“.

Ich habe versucht diesen Mangel zu ergänzen, indem ich auf den vorausgehenden Seiten die der englischen Rechtspflege entnommenen „leitenden Gedanken“ einzeln erörterte und dieselben auf ihre Verwertbarkeit zur Reform des heutigen deutschen Prozeßrechts prüfte. Das Ergebnis meiner Untersuchungen hat, offen gesagt, mich selbst überrascht! Gewiß durfte ich annehmen, daß enge Beziehungen beständen zwischen unserem Prozeßrechte und dem unserer Vettern jenseits des Kanals. — Aber es war mir doch von höchstem Interesse, Schritt für Schritt feststellen zu können, daß jene „leitenden Gedanken“ nirgend als eigentümlich englische anzusprechen seien. Es handelt sich vielmehr um germanisch-deutsche Rechtsbildungen, die, derselben Grundauffassung entsprossen, sich bei beiden stammverwandten Völkern gleichmäßig vorfinden, wenn auch hier oder dort abgewandelt und besonders verwertet. Ob die eine oder andere Rechtsbildung zuerst bei uns auf dem Kontinent, oder aber auf der britischen Insel entstanden sei, dürfte sich schwerlich nachweisen lassen. Solcher Nachweis wäre auch kaum erheblich. Denn ausschlaggebend ist bereits, daß hüben

und drüben unzweifelhaft dieselbe germanische Rechtsanschauung als solche deutlich zu Tage tritt.

Wir in Deutschland haben — ohne englisches Gerichtswesen auch nur zu kennen — sehr wohl verstanden, uns bewährte und erfahrene Richterkräfte in hervorragender sozialer Stellung zu schaffen. Wir haben solche Richter sparsam verwendet, als Einzelrichter und in kleinen Kollegien; wir haben dieselben nach Möglichkeit von geringwertiger Arbeit befreit; wir haben die erstinstanzlichen Richter kräftig erhöht durch Einschränkung der Rechtsmittel; wir haben endlich mit bewundernswerter Zähigkeit uns ein gemeinverständliches Verfahren geschaffen, das zugleich geeignet war, in großem Umfange die Streitsachen vor dem Urteil vergleichsweise zu erledigen. Das alles zu leisten und zu erringen ist uns gelungen: unseren eigenen Bedürfnissen entsprechend, in unscheinbarer aber nationaler Arbeit. Wir haben wahrlich keinen Grund gehabt unsere Ideale auswärts, vollends in England zu suchen! So ists aber nur gewesen so lange man uns bei unserer bescheidenen, tüchtigen nationalen Arbeit ließ, so lange wir uns selbst genügen ließen bei Ausgestaltung und Durchführung unserer eigenen nationalen Rechtsanschauungen und Rechtsgedanken!

Und alle jene tüchtigen, gesunden, uns uralt eigenen oder mühsam erarbeiteten Rechtsgrundsätze und Rechtsgedanken haben wir wieder leichthin aufgegeben, weil zur Zeit, da unsere Reichseinheit aufgerichtet wurde, wir ungeduldig meinten, zugleich auch ein gesundes Stück Rechtseinheit uns schaffen zu können. Das aber mißlang, mußte mißlingen: zu viel von der altgewohnten, bedauerlichen Zerrissenheit unseres Volkes hing noch an uns allen! — Die Einheit des Gerichtswesens haben wir dann in den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts freilich erlangt, aber es war eine Einheit unter fremdem Rechte. Eine

neue gewaltsame Übernahme romanischen Rechts war erfolgt, und fast hat es den Anschein, als ob seitdem auch jede Erinnerung an unser einstmaliges nationales Gerichtswesen geschwunden wäre! —

Ein Beispiel aus der Gegenwart mag zur Bestätigung solch bedauerlichen Mißstandes hervorgehoben werden.

Assessor von Lewinski (Gr. Btr. Bd. 51, S. 1 ff.) erzählt zur Einleitung seiner Skizze des englischen Gerichtswesens, daß der Pariser Advokat Moulin im Jahre 1879 dem französischen Juristen und Politiker Cremieux in einer Schrift die Übernahme englischer Gerichtseinrichtungen nach Frankreich warm empfohlen habe. Cremieux antwortete ablehnend: „Pour moi je suis bien loin de votre admiration pour la procédure anglaise . . . Tout ce mouvement anglais me semble absolument contraire à nos idées, et l'etablir . . . me paraît à peu près impossible . . . . Nous ne pouvons nous métamorphoser."

Dazu bemerkt dann von Lewinski: „Nous ne pouvons nous métamorphoser" — dieses Wort muß auch Oberbürgermeister Adickes seinen grundstürzenden Reformvorschlägen entgegenhalten lassen. Wir können unsere den Bedürfnissen unseres Volkes und unserer Rechtspflege angepaßten Einrichtungen wohl verbessern, aber wir können sie nicht von Grund aus ändern, ohne einen abenteuerlichen (!) Sprung ins Dunkle zu wagen. — —

Ich muß erklären, daß diese Ausführungen, so kategorisch sie auch vorgebracht werden, mir durchweg verfehlt erscheinen; von Lewinski hat jede nähere Begründung für überflüssig gehalten, als ob es sich handelte um Erfahrungssätze, die längst schlechthin festgestellt wären und deshalb unbedingte Geltung beanspruchen dürften.

Aber das ist nicht zutreffend! Mag sein, daß Adickes gelegentlich den Vorwurf erfährt, er mute mit seinen Reformvorschlägen unserem Volke zuviel zu; — einleuchtend wäre mir ein solcher Vorwurf nicht. Denn (amicus Plato sed magis amica veritas!) — wir müssen doch die beschämende Wahrheit zugestehen, daß das stolze Wort „nous ne pouvons nous métamorphoser“ nicht gerade unser Wahlspruch gewesen ist, wenn die Übernahme fremden Rechtes für uns in Frage kam! Franzosen und Engländer, die Sprößlinge altgefestigter Nationen mögen sich damit brüsten, wir müssen schon zurückstehen. Lehrt doch unsere Rechtsgeschichte — leider! — zur Genüge, wie oft das deutsche Volk sich gebeugt hat, sich hat beugen müssen unter ihm aufgedrungenes, seinem Empfinden widerstrebendes Recht. Kein anderes Volk als das deutsche hat eine Rechtsumwälzung von gleichem Umfange und von gleicher Gewaltsamkeit zu bestehen gehabt, wie die antinationale Katastrophe der Rezeption des römischen Rechts. Wir haben verstanden, uns schlecht und recht mit römischem und italienischem Rechte abzufinden. — Und keine der großen Nationen hat — soviel mir bekannt ist — eine so radikale Invasion fremden Gerichtswesens zu ertragen gehabt, wie wir in Deutschland seit der Gründung des neuen Reiches! Es ist schlimm genug, daß wir stets, zum mindesten einstweilen, verstanden haben unsere eigenen Rechtsanschauungen von Grund auf zu wandeln, wenn auch freilich solch' unnatürliche Selbstwandlung auf die Dauer niemals hat Stand halten können.

Aber es ist auch zweideutig und verwirrend, wenn von Lewinski, von unserem heutigen deutschen Gerichtswesen redend, behauptet, dasselbe sei „den Bedürfnissen unseres Volkes und unserer Rechtspflege angepaßt, wir könnten es wohl verbessern, aber nicht von Grund aus ändern, ohne einen aben-

teuerlichen Sprung ins Dunkle zu wagen". Damit wird der Anschein erweckt, als ob in unseren heutigen Gerichtseinrichtungen unverlierbares nationales Recht enthalten wäre, während doch gerade das Gegenteil zutrifft! Tatsächlich haben wir doch heute nicht mehr nationales, sondern im Kern durchaus französisches Recht. Wir haben uns bemüht durch Jahrzehnte hindurch, dieses französische Recht den Bedürfnissen unseres Volkes anzupassen, aber das ist uns bisher nicht gelungen und wird uns auch fernerhin sicher nicht gelingen. Das beweisen die sich mehrenden Sondergerichte, die Flucht vor den Amtsgerichten; das beweist die von Jahr zu Jahr energischer und umfassender auftretende Reformbewegung.

Und endlich: sollte es angesichts so bedenklicher Symptome in der Tat unmöglich sein, unser heutiges Gerichtswesen von Grund aus zu ändern ohne einen abenteuerlichen Sprung ins Dunkle zu wagen??

Eine solche Behauptung aufstellen kann nur, wer die Geschichte des deutschen Prozeßrechts beginnen läßt erst mit dem 1. Oktober 1879. In Wahrheit liegen die Dinge anders, und zu solch anderer, richtiger Auffassung habe ich, soweit es im engen Rahmen möglich war, oben einiges Material geliefert. Den „abenteuerlichen Sprung ins Dunkle" haben wir an jenem 1. Oktober vollführt, in großer Zeit, die wohl den Wagemut steigern mochte, aber leider in einseitigen, überstürzten Verhandlungen, denen das Verständnis für die Vergangenheit deutscher Rechtspflegeeinrichtungen völlig mangelte. An den Folgen jenes Sprunges liegt unser Gerichtswesen schwer darnieder, von Jahr zu Jahr immer mehr an Ansehen und Würde einbüßend!

Indessen in den hinter uns liegenden bald dreißig Jahren haben wir doch auch gelernt, und immer wieder erfahren

müssen, wie bedenklich und unberechenbar die umfangreiche Übertragung fremden Rechtes auf ein gereiftes Volk zu wirken vermag.

Heute deshalb handelt es sich bei durchgreifender Umgestaltung unserer Justiz nicht mehr um ein gefährliches Wagnis: der Weg den wir zu beschreiten haben, liegt hell und eben vor uns, und nur eine Losung gibt es, sie lautet: „zurück zu unserem nationalen Rechte! —

Derselbe Schriftsteller, dessen ablehnende Stellungnahme Adickes gegenüber ich soeben besprach, erhebt dann noch folgenden Einwand: „Zwar betont (Adickes) im Vorworte zu den „Grundlinien“ (IV) ausdrücklich, daß ihm der Gedanke fern liege, englische Einrichtungen einfach übertragen zu wollen. Die Verwahrung ist jedoch nicht allzu ernst zu nehmen, denn in dem Werke selbst tritt er für die Einführung fast aller wesentlichen Einrichtungen in die deutsche Organisation ein, freilich erst, nachdem er ihnen den Schleier des „universalen Charakters“ umgehängt hat (125)“ — —

Ich wüßte doch nicht, weshalb Adickes zu mißtrauen wäre, wenn er wiederholt versichert, daß ihm fern liege, eine Rezeption englischen Rechts schlechthin zu befürworten; bedauert er doch ganz offen selbst (wie ich bereits hervorhob) „daß der eigentliche, der Hauptzweck seiner Veröffentlichungen, die Eröffnung einer eingehenden sachlichen Erörterung der von ihm angeregten neuen Gesichtspunkte nur zum kleineren Teile erreicht worden sei (II. S. 7). Was Adickes zunächst erstrebt, ist eben nur die Prüfung der von ihm aus Anschauung des englischen Gerichtswesens gewonnenen günstigen Eindrücke. Damit wird doch mit aller Zurückhaltung ein Anspruch geltend gemacht, der nach der Sachlage vollberechtigt erscheint. Und wenn Adickes, in der festen Überzeugung,

seinen Volksgenossen nützen zu können, den in England ihm neu entgegengetretenen Rechtsgedanken „universalen Charakter“ beimessen will, so ist damit freilich das hier entscheidende Wort nicht getroffen. Allein der etwa nachweisbare Irrtum wäre jedenfalls bona mente zustande gekommen, und könnte Adickes wahrlich nur zur Ehre gereichen! Seine Gedanken über Gerichtswesen und Rechtspflege fußen durchweg — vielleicht mitunter ihm selbst unbewußt — auf kerndeutschen Grundlagen! Da kanns denn wohl geschehen, daß er, beherrscht von seiner nationalen Auffassung, einem ihn gefangennehmenden deutschen Rechtsgedanken „universalen Charakter“ zuspricht. Den Naturrechtlern (ich wies bereits darauf hin, vgl. oben S. 32) haben wir ihrer Zeit solchen Irrtum — der uns aber die friderizianische Gesetzgebung brachte! — gern nachgesehen; und was jenen damals als Recht gewährt wurde, wird man billig dem Manne heute nicht versagen dürfen, der mit ebenso seltener Entschlußkraft als Zuversicht es unternommen hat, unser Gerichtswesen besseren, gesunderen Zuständen entgegenzuführen.

Daß die von Adickes gerühmten, uns zur Berücksichtigung empfohlenen „englischen“ Rechtsgedanken uns überall deutschnationales Recht weisen, habe ich darzutun versucht, und einer Widerlegung in dieser Richtung glaube ich in Ruhe entgegen sehen zu können! Doch ich erwarte noch einen anderen Einspruch: man wird mir vielleicht vorwerfen, ich hätte in meinen geschichtlichen Ausführungen zu sehr Gewicht gelegt auf die mit englischer Übung zusammentreffenden Rechtseinrichtungen, die sich, über die verschiedensten deutschen Rechtsgebiete zerstreut, nachweisen ließen. Damit seien Einzelheiten in den Vordergrund geschoben worden: Einzelheiten, partikularrechtliche Institutionen, die doch niemals in Deutschland sich zu einem durchgebildeten allgemeinen Gerichtsrechte zusammengeschlossen hätten.

Die Tatsache ist nicht zu bestreiten, aber sie liefert keinerlei Beweis zu ungunsten meiner Behauptung, daß nämlich in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts das vollständige Material zu nationaler Neugestaltung unserer Gerichtsorganisation und unseres Rechtsganges längst bereit lag. Was uns am Zusammenschlusse auf diesen Rechtsgebieten hinderte, war einzig das Elend unserer staatlichen Zerrissenheit. Und die Folge solchen Elends, die mangelnde nationale Festigkeit, brachte es danach zu Wege, daß wir unser nationales Recht bei Seite schoben, französisches Recht übernahmen: „uns umwandelten“, wie wirs schon oft zu tun vermocht hatten.

Das „nous ne ponvons nous métamorphoser“, das von Lewinski den Abickesschen Reformplänen entgegenhalten will, habe ich leider, der geschichtlichen Wahrheit getreu, als auf uns nicht anwendbar ablehnen müssen: „zuviel Ehre!“ Schlimm aber wärs, wenn wir heute, — nach bald dreißigjähriger, lehrreicher „Franzosentid“ nicht mehr Kraft und Mut genug hätten, um wieder bei uns selbst Einkehr zu halten, um endlich uns wieder bewußt auf die eigenen Füße zu stellen. von Lewinski will uns offenbar die Fähigkeit zur Durchführung solch nationalen Beginnens absprechen, warnt er doch vor dem „abenteuerlichen Sprung ins Dunkle!“

Gottlob, solchem Pessimismus brauche ich nicht beizustimmen! Auf die Vergangenheit zurückblickend, getröste ich mich der festen Zuversicht, daß unser vielgeduldiges Volk, wie es oft genug in hinter uns liegenden Zeiten getan, — so auch in der jetzigen Krisis, — früher oder später, den rechten Augenblick zu kräftigem Entschluße benutzen und sich vom Drucke des fremden Rechts endlich befreien werde! —

Damit sind die Gegensätze umschrieben. Sie stoßen scharf aufeinander; Einigung erscheint ausgeschlossen. — Und ganze

Arbeit will getan sein. Mit Flickwerk hier und dort ist wenig genug zu erreichen; denn nicht nur besondere, zeitweilig ertragbare Mängel sind zu beseitigen! Täuschen wir uns nicht: es handelt sich vielmehr um die Grundgedanken der Rechtspflege bei uns einerseits und andererseits in Frankreich!

Adickes gebührt das Verdienst, die deutschen Grundgedanken — einerlei woher er sie entnahm! — zusammengestellt und unseren französisch-rechtlichen Gesetzesbestimmungen gegenüber gehalten zu haben. Er hat das getan als praktischer Staatsmann, der die gewaltige Bedeutung hochstehender und zugleich doch auch volkstümlicher Justiz — für das gesamte Staatswesen richtig zu würdigen vermag.

Ein Irrtum aber wäre es, zu meinen, daß unser Reformator nur gelegentlich Einzelheiten, möchten sie noch so bedeutsam sein, zusammengetragen hätte. Stände es so, dann wäre sein Weckruf nicht eben höher zu schätzen, als einer der zahlreichen Prozeßverbesserungsvorschläge, wie sie alljährlich in größerem oder geringerem Umfange aufgetaucht sind, um zuerst lebhaft besprochen und alsbald wieder bei Seite gelegt zu werden.

Adickes hat sich ungleich größeres Verdienst erworben. Mit klarem Blicke und schnellem Entschlusse hat er den Gegensatz erfaßt und gekennzeichnet, der stets hervortritt, sobald man unbefangen romanische und germanische Rechtspflegegedanken mit einander vergleicht.

Dem früh an den übermächtigen zentralisierten Staat gewöhnten Romanen, dem Franzosen imponiert die feierliche Staatsaktion, die sich im Kollegialgerichte öffentlich, in Anwesenheit der Staatsanwaltschaft, vollzieht. Ihn fesselt der Redeschwung des hochangesehenen „Avocat“, mag derselbe auch gelegentlich, über die Interessen der streitenden Parteien hinweg,

sich an die Zuhörer richten. — Diesen, den unbeteiligten Anwesenden, bleibt immerhin der befriedigende Eindruck einer Schaustellung, die ihnen des eigenen geschlossenen Staatswesens Gewalt vorführt und damit ihr Selbstbewußtsein und den Stolz auf die Größe ihrer staatlichen Einrichtungen stärkt.

Nichts von dem allen, keinerlei äußeres Beiwerk, weder Prunk der Gerichtshegung, noch rednerische Leistung — entscheidet, wenn wir Deutsche über unsere Rechtspflegeeinrichtungen urteilen! Das aber hat die geschichtliche Entwicklung unseres Gerichtswesens zu Wege gebracht.

Seitdem die Gerichtshoheit auf die einzelnen Fürsten übergegangen war, und die Hofgerichte vom 13. Jahrhundert ab sich über die Zentgerichte erhöht hatten, waren diese nunmehrigen „Niedergerichte“ in der Hauptsache auf sich selbst gestellt; und mindestens die kleineren Gerichtsherren hatten genug zu tun mit Erhaltung und Ausstattung ihrer Hofgerichte. — Späterhin hat dann die Patrimonialjustiz wohl auch nicht gerade energisch gesorgt für Ansehen und Würde der Rechtspflege. — Nur die größeren wohlhabenden Handelsstädte, die Pioniere des modernen Staatswesens, haben, — willig ihrer Ehrenpflicht genügend, — gesundes und befriedigendes Gerichtswesen innerhalb ihrer Mauern geschaffen, dauernd erhalten und hochgehalten.

Dann brach mit dem beginnenden 16. Jahrhundert die Katastrophe über uns herein; — ihr war geschichtlich zunächst die Aufgabe gewiesen, unser nationales, freilich immer mehr in Formalismus erstarrtes Gerichtswesen zu erneuern. Gerichtsverfassung und Gerichtsverfahren mußten den neuzeitlichen Gedanken und Bedürfnissen gemäß umgestaltet werden. Als Vorbild diente schlechthin das reife, wissenschaftlich durch-

gearbeitete italienische Prozeßrecht: es galt, die altgermanische, überlebte Volksrechtsprechung ein für allemal zu stürzen!

Und diese Aufgabe hat die Rezeptionsbewegung allerdings aufs gründlichste erfüllt: hier und da in behutsamem Vorgehen, — regelmäßig aber doch wohl in rücksichtslosem, gewaltsamem Andrange, dem das heimische Gerichtswesen längst nicht mehr erfolgreichen Widerstand entgegenzusetzen vermochte. Unser Volk hat wahrlich zäh und treu die alten Anschauungen aufrecht gehalten, wiewohl an einen Sieg derselben nicht zu denken war; — die Unterwerfung war eben unvermeidlich, weil die neue, reifere Lehre einen Fortschritt in sich barg, den wir aus eigener Kraft durchzuführen nicht vermocht hatten. So zogen denn allmählich die am italienischen Prozeßrechte gebildeten Juristen in die Gerichte ein, und den Schöffen und Urteilern aus dem Volke blieb nur übrig, jenen den Platz zu räumen. Gerade um die Beherrschung des Gerichtswesens war es den Rezeptionsjuristen zu tun, die richterliche Stellung bot ihnen dann die Handhabe zur Umwandlung des materiellen Rechtes.

Schwere drückende Umsturzzeiten haben danach lange auf den ununterrichteten Schichten unseres Volkes gelastet. Der aufs äußerste überspännte Formalismus in Rede, Stellung, Bewegung bei der Eidesleistnng, und darüber ein gleicher Formalismus beim Gottesurteil, wies in alter Zeit den sicheren Weg zur Erlangung des von der Gottheit zu gewährenden Rechtsspruchs. — Nunmehr waren diese Formen ihres Inhalts entleert: der menschliche Richter war es jetzt, der nach Anhörung der Parteien, nach Prüfung der von ihnen beigebrachten Beweise seiner Überzeugung und seinem Rechtswissen gemäß das Urteil zu fällen hatte.

In dieser Schroffheit gestaltete sich der Gegensatz von

alter und neuer Zeit! — Und dennoch: solchen Gegensatz zu überbrücken, ohne der Erinnerung an die Vergangenheit untreu zu werden, — das wurde der unbefangenen Logik unseres Volkes nicht schwer. Hieß es vordem „Gericht ist Gottes Werk;" — „Das Urteil ist Gottes;" so war nunmehr die Losung: „der Richter sitzt an Gottes Statt."

Unvergessen geblieben war, daß in alter Zeit, da jener unerbittliche Formalismus den Rechtsgang beherrschte, das Gericht selbst eingriff, um die Gefahr zu mildern, die für die rechtsunkundige Partei gegeben war, wenn sie ohne Leitung und Führung vor dem Gerichte stand. Aus dem Ringe des Gerichts durfte der Richter ungeschickten, unkundigen Parteien zuverlässige Wortführer bestellen. — Aber das war ja schließlich nur folgerecht gewesen, so lange Ziel des Rechtsstreits immer nur war: Durchführung des allgemeinen Rechts, der Rechtsordnung selbst! Gewährte das Gericht früher aus diesem Gedanken heraus den Parteien Schutz gegenüber dem gefahrvollen Formelwesen der alten Zeit, so lag doch jetzt, trotz der neu übernommenen materiellen Rechtsprechung, ein ähnlicher Mißstand für die rechtsunkundigen Parteien vor: das alte, allen wohlvertraute Recht war beseitigt, und das neue gelehrte Prozeßrecht, das noch dazu mehrfach in fremder Sprache vorgebracht wurde — war ihnen schlechthin unverständlich. Da war denn helfendes, selbständiges Eingreifen des Richters so geboten, als zulässig. Die Rechtfertigung solchen Vorgehens aber, war eben die gleiche, wie vormals!

Wüst genug mag es in jener Zeit gelegentlich in den Gerichtsstuben hergegangen sein: die Rechtsuchenden bedurften des Rats, der Belehrung, der Hilfe! — Aber ohne Hilfe wurden sie auch nicht gelassen. Denn unverändert, wenn auch nicht dem Worte, so doch dem ganzen Gedanken nach, war noch in

Geltung die alte, treuherzige, uns im Richtsteig Landrechts (Kap. 16, § 1) übermittelte Klageformel: „her richter ic clage gode unde ju." Der Mann aus dem Volke rief in der Not den an Gottesstatt sitzenden Richter an, den er oft genug als Helfer kennen gelernt hatte, und der Richter wiederum versagte sich den ihn anrufenden Parteien nicht, obwohl auch seine eigene Stellung bei weiterem Eindringen des fremden Rechtes sich schwierig genug gestaltete: die Schöffen waren in der Schweiz ebensowenig, wie in Deutschland geneigt, sich von den Romanisten belehren zu lassen, und ein Doktor aus Konstanz, der einmal einen solchen Versuch in Thurgau machen wollte, ward mit den Worten: „Hört, ihr Doctor, wir Aidgenossen fragen nicht nach dem Bartele und Baldele und anderen Doctoren, wir haben sonderbare Landbräuche und Rechte" — aus der Tür geworfen![34]) Aber mit dem einen herausgeworfenen Doktor war eben nicht viel erreicht! Genug andere von derselben Art standen hinter ihm. Richter und Schöffen hatten es schwer genug, ihrer Pflicht zu genügen; aber allmählich fanden sie doch wohl auch den rechten Weg: war schon in alten Zeiten dem Richter in Süddeutschland ein Fragerecht den Parteien gegenüber eingeräumt worden, so wurde nunmehr in Württemberg, wie bereits erwähnt, die unmittelbare freie Parteibefragung durchgeführt. Unbefangen brachte man dort dieses richterliche „Verhör" mit dem Positionsverfahren in Zusammenhang, in dem der Befragte, wenn nicht Geständnis angenommen werden sollte, allerdings verpflichtet war, bestimmte Antwort zu geben; — allein nach dem Reichsprozesse doch nur seinem Prozeßgegner! — In Württemberg war man aber der Ansicht, daß dem Richter kein geringeres Recht auf wahre Antwort gebühre. Darin lag wieder ein Stück Annäherung von Parteien und Richter behufs gutwilliger Feststellung des

grundlegenden Sachverhalts. Zu gleichem Erfolge führte in anderen Gebieten das oben näher geschilderte Verfahren zur Güte. Im Kurfürstentum Sachsen, dem damals auf dem Gebiete nationaler Prozeßgestaltung führenden Staate, wurde der Richter für das Sühneverfahren, obwohl dasselbe auch unmittelbar zur Rechtsentscheidung führen konnte, im Eide „von der Richterpflicht, keiner Partei Rat zu erteilen, ausdrücklich entbunden.

Von dem Umstande, daß dem obersten Justizkollegium in Sachsen, der Landesregierung, insbesondere das Recht zustand in allen Streitsachen unter gewissen Voraussetzungen die Parteien persönlich zum Vergleich vorladen zu lassen, nannte man diese Vergleichsverhandlungen „Vorbeschiede". — „Das mündliche Verhör" wird je nach Wichtigkeit der Sache vor dem Plenum, oder vor besonderen Deputierten abgehalten. — Für die Vorbeschiedssachen war ein eigener Sekretarius bei der Landesregierung angestellt, und ihm eine Kanzlei untergeben. Ziel des Verfahrens war die Vermeidung eines förmlichen Prozesses durch gütliche Vereinigung der zum Streiten erschienenen Parteien: dem fremdrechtlichen, formellen Verfahren sollte der Weg verlegt werden! Heutzutage, unter so gewaltig veränderten Verhältnissen in Staat und Gesellschaft, wird mancher geneigt sein, über dieses Stück Rechtsgeschichte mit seinem „patrimonialen" Charakter hinwegzusehen. Niemand wird auch behaupten wollen, daß heute noch schlechthin auf die damaligen Einrichtungen zurückgegriffen werden könne. Dennoch ist ihre Betrachtung in hohem Maße lehrreich. Nicht die einzelne Institution selbst und die für sie getroffenen Sonderbestimmungen sind für uns das wichtige, sondern der ihr zugrunde liegende Gedanke. Diesen Gedanken aber vermag ich nicht besser zu kennzeichnen, als mit den Worten, die ich vor mehr

als 10 Jahren (vgl. 400 J. S. 153) niederschrieb: „Die bürgerlichen Gerichte sind nicht nur ein vom Staate eingesetzter, in seinem Namen nach fester Vorschrift funktionierender Mechanismus, der die Frage um mein und dein haarscharf zu erledigen hat. Sie sollen in lebendige Berührung mit den rechtsuchenden Parteien treten, soweit möglich unmittelbar, — ohne den „Zwischenhandel" der rechtsgelehrten Anwälte. Es handelt sich beim sächsischen Güteverfahren um eine — mit der Vergangenheit deutschen Rechtslebens eng zusammenhängende — besondere Ausgestaltung von Grundsätzen, die für Deutschland immerdar Voraussetzung einer gesunden, volkstümlichen Rechtspflege sein werden, um die Vertrauensstellung des Richters zu seinen Gerichtsuntergebenen, um die Unmittelbarkeit des Verkehrs zwischen Gericht und Partei, um die Gewöhnung des Richters, den Streitfall nicht schlechthin als Objekt für seine juristisch technische Leistungsfähigkeit aufzufassen, sondern ihn von der Parteiauffassung aus mit Kenntnis der Lebensverhältnisse und der Anforderungen des Lebens zu beurteilen."

Die höhere, würdige, freie Stellung, die der sächsische Richter im Güteverfahren einnahm, mußte selbstverständlich auch — z. B. bei der Beweisbeurteilung — auf die Rechtsentscheidung zurückwirken, wenn troß der vorausgegangenen Bemühungen zuletzt doch der formelle Prozeßweg beschritten wurde. Und andererseits war die Pflege des Güteverfahrens auch für die Gestaltung des Rechtsganges von Bedeutung: die Annäherung an das Offizialprinzip ist unverkennbar, wenn man, bei mißglücktem Vergleiche, das bis dahin amtlich gesammelte Material nicht schlechthin bei Seite legte, sondern seine Berücksichtigung auch im folgenden Rechtsprozeß nicht allein zuließ, sondern ausdrücklich vorschrieb.

Sachsen stellte hohe Anforderungen an den Richter im

Güteverfahren, der in wichtigen Fällen sogar Mitglied des höchsten Landgerichtshofes sein mußte. Das aber war mit Recht so geordnet: hatte doch vor Zeiten sogar der deutsche König sich nicht für zu hochstehend gehalten, um — wenn ihm auf seiner Fahrt der ordentliche Richterstuhl im Lande ledig geworden war — persönlich das hohe Richteramt zu verwalten. (Schsſp. III 60, § 2.)

Höchste Autorität aber in menschlichen Dingen — es ist nun einmal nicht anders! — bleibt für uns alle, hoch oder gering, doch immer nur die selbständige, unabhängige, in sich geschlossene Persönlichkeit.

Und deshalb hat Adickes gewiß nicht fehlgegriffen, wenn er zu sicherer Grundlegung gesunder deutscher Rechtspflege uns zuerst und vor allem verwies auf Herstellung und Festigung eines unantastbar hochstehenden Einzelrichtertums.

IV.

Einzel-Fragen.

Wer vieles bringt,
Wird manchem etwas bringen.
Goethe.

Die Stellung der Anwaltschaft.

Abickes hat für seine Bestrebungen zur Umgestaltung des deutschen Justizwesens einen Vorgänger gehabt, er weist selbst darauf hin (I, S. 7). Gemeint ist die im Jahre 1897 veröffentlichte Flugschrift „Richteramt und Advokatur," ein Mahnwort von Erwin Kruse.[35]) Dort findet sich zuerst die Klage über die eingetretene Subalternisierung des Richteramts. — Die Schrift ist geistvoll, aber mit großer Schärfe und Bitterkeit geschrieben, und überall vermißt man die zuversichtliche Hoffnung auf Besserung der herrschenden, zumeist mit Recht bemängelten Zustände. Wohl aus diesem Grunde ist der inhaltreichen Arbeit die Wirkung versagt geblieben! Der Verfasser fordert zum Schluße: „die Herstellung der unerläßlichen Garantien für die Betätigung des modernen Geistes unserer Gesetzgebung durch die hierfür bernfenen Organe, einen das höchste Ansehen in der Nation genießenden Richterstand und eine ihm entsprechende Advokatur.

Die sorgfältig durchgearbeitete Schrift bringt aber nicht nur eine freimütige Kritik der gegenwärtigen Zustände in Richteramt und Advokatur, es werden auch zur Erreichung des gewiß richtig gekennzeichneten Zieles Wege gewiesen, die nach meinem Dafürhalten im großen und ganzen sehr wohl betretbar erscheinen.

Es ist sicher ein wertvoller, idealer Gedanke, — auch Abickes bringt ihn analog zur Geltung (I, S. 129) — wenn

der Verfasser zur Hebung unserer Anwaltschaft geschieden wissen will: zwischen den durch die Eigenart der Persönlichkeit bedingten und getragenen Berufsleistungen (den höheren und höchsten) und andererseits den von ihm als fungiblen bezeichneten, bisher mit der Anwaltschaft verbundenen (den niederen Leistungen). Parallel mit der Befreiung des höheren Richteramts soll die Befreiung der Advokatur von den fungiblen Elementen des juristischen „Machertums“ in Gestalt der auf „Gebühren“ zugeschnittenen Handlangerdienste der Prokuratur, des Gerichtsvollzieherwesens und des Notariats — sich entwickeln.

Von diesem Gesichtspunkte aus ergibt sich folgerecht als Forderung eine Scheidung unserer heutigen Anwaltschaft in zwei durchaus gesonderte Gruppen, im wesentlichen ähnlich dem französischen Gegensatze von avocat und avoué: jener allein die hochstehende Tätigkeit der Rechtsverteidigung und der Rechtsbegutachtung übend, dieser, der Prokurator, eine zwar einträgliche, aber mehr subalterne Beamtenstellung einnehmend. Gerade die Vereinigung des Notariats, das doch zweifellos „fungible Leistungen“ beansprucht, mit dem Prozeßbetrieb, dem Zustellungs- und Zwangsvollstreckungswesen würde eine Entlastung und Erhöhung der deutschen Advokatur ermöglichen.

Den Vorwurf, ich wolle unseren deutschen Anwaltstand nach französischem Muster gestalten, fürchte ich nicht. Wir würden im Gegenteil mit solcher Scheidung und Unterscheidung Fehler, die wir in der Vergangenheit gemacht haben, wieder zurechtstellen: „In der Hand der Vertreter der Advokatur im 16. und 17. Jahrhundert hätte es gelegen, diesem Berufsstande in Deutschland die idealere Würde zu wahren, mit der ihn von der wissenschaftlichen Seite das römische, von der ethischen Seite das alte deutsche Recht bekleidet hatte. Allein

solcher Aufgabe waren die Juristen jener Zeit nicht gewachsen. Der Wunsch, durch vollständigen Einfluß auf den Gang des Prozesses Vorteil zu erzielen, brachte den Advokatenstand bald dazu, nach Übernahme auch der niederen Prokuraturdienste zu trachten. — Allmählich flossen so gewohnheitsmäßig Prokuratur und Advokatur zusammen. Die Vereinigung beider Tätigkeiten in einer Hand bildet für Deutschland schließlich die feste Regel, — ein Zustand, der sicher dem deutschen Gerichtswesen nicht zum Segen gereicht hat. Denn der „Advokaten"stand, ursprünglich gedacht als ein Kreis wissenschaftlich hochstehender Männer, die ihre Ehre darin setzten, den Parteien durch Klarlegung und Durchdringung des Stoffs möglichst objektiv vor dem Richter Geltung oder doch wenigstens gebührende Berücksichtigung zu sichern, jener Stand, der so Mitarbeiter des nach Gerechtigkeit strebenden Gerichts (gleich dem alten Fürsprecher) sein sollte, er mußte notwendig in der allgemeinen Wertschätzung auf die niedrigere Stufe der Prokuratur herabsinken; es war eben unvermeidlich, daß bei der Verbindung das edlere Element die Einbuße erlitt, das handwerksmäßige Geschäft, auf dessen Seite der größere Geldgewinn lag, den Ausschlag gab" (400 J. S. 405, 6).

Freilich, verschuldet war dieses bedauerliche Ergebnis nur von den damaligen Vertretern der Advokatur selbst.[36])

Näheres Eingehen auf die Einzelvorschläge des Verfassers zu sachgemäßer Scheidung zwischen Advokatur und Prokuratur (S. 60 ff.) kann hier unterbleiben. — Für nicht, oder doch auf lange Zeit hinaus noch nicht erfüllbar, halte ich nach Maßgabe unserer Vergangenheit folgendes Postulat:

„Unterschiedslos obligatorischer Eintritt der Kandidaten für das höhere Richteramt und die Advokatur in die Advokatur unmittelbar nach Beendigung des Universitätsstudiums für die

Zeitdauer von mindestens zwei Jahren, unter Ausschluß des aktiven und passiven Wahlrechts für die Anwaltskammer während dieser Zeitdauer. Im übrigen volle Gleichberechtigung der jungen Advokaten vor Gericht mit den Advokaten pleni juris (den aktiv und passiv wahlberechtigten Mitgliedern der Anwaltskammern.")

Über den von uns aus Frankreich übernommenen Anwaltzwang schweigt die Schrift. Nach dem unserer Gerichtsverfassung erteilten uneingeschränkten Lobe (S. 23) möchte ich annehmen, daß der Verfasser die Übernahme dieser Einrichtung gebilligt habe. Solche Stellungnahme ist nach meiner Überzeugung völlig unhaltbar, denn sie verkennt schlechthin die germanische Auffassung von Recht und Pflicht der Partei einerseits und des Richters andererseits. Selbst, persönlich, vor ihrem Richter den Rechtsstreit durchzuführen, das war von Anbeginn die ausnahmelose Pflicht der Partei; nur allmählich und behutsam findet die Befugnis, sich im Prozeß vertreten zu lassen, Anerkennung. In späterer Zeit bildet — wie ich oben dargetan habe — insbesondere beim durchgreifenden Güteverfahren, danach in der preußischen Gesetzgebung, die Verhandlung zwischen Partei und Richter, Person zu Person, schlechthin die Regel.

Das ist die wahre „Unmittelbarkeit" an der als einer selbstverständlichen Übung das deutsche Gerichtsverfahren stets festgehalten hat. Was unsere Zivilprozeßordnung „Unmittelbarkeit" nennt, ist nur eine Scheinunmittelbarkeit. „Denn die Parteien treten ja auf, von Kopf bis zu Fuß maskiert durch die Person ihrer Anwälte."[37]) Leichthin wurde der verhängnisvolle Schritt der Übernahme des französischen Anwaltzwanges getan. Eine Begründung mußte der Gesetzgeber schon liefern. Schwach genug aber lautete sie: „der allgemeine und innere

Grund für das Gebot der Vertretung durch Anwälte in dem Regelverfahren vor den Landgerichten und vor den höheren Gerichten besteht in der Art und Weise, wie dieses Verfahren konstruiert ist. Nach den praktischen Erfahrungen innerhalb der Rechtsgebiete mit gleichen Prozedurformen ist der Anwaltzwang für ein Prozeßverfahren, welches auf den Grundsätzen der „Unmittelbarkeit“ (!?) vor dem erkennenden Richter und des Prozeßbetriebes — wenigstens in den wesentlichen Teilen — durch die Parteien beruht, ganz unentbehrlich (??)[38])

Ich selbst erblicke in diesem Schritte unserer Gesetzgebung eine durchweg unbegründete, überhaupt nicht begründbare, höchst bedauerliche Abwendung von einem grundlegenden germanischen Satze, den unser Volk bis dahin noch niemals verleugnet hatte, dem Grundsatze, daß die Partei ein unverlierbares Recht hat, dem Richter, der über sie Gewalt hat, persönlich ins Auge zu sehen. —

Wir sind ein nachdenkliches Volk, das Berücksichtigung seiner Rechtsanschauungen verlangt, wenn es mit der Rechtspflege zufrieden bleiben soll. Der Anwaltzwang, der uns alle, gebildet oder ungebildet, arm oder reich, für den nach der Zivilprozeßordnung normalen Landgerichtsprozeß schlechthin entmündigt hat, läßt sich nach meiner Überzeugung für Deutschland nicht aufrecht erhalten, ganz abgesehen auch davon, daß in den Digesten III, 1 u. 2, in unheimlicher Nachbarschaft, gleich nach den Postulationsunfähigen „de his qui notantur infamia“ gehandelt wird. — Die Hineinschiebung des Anwalts als einer notwendigen Zwischenperson zwischen Partei und Gericht stellt sich nach unserer gesamten Prozeßentwicklung und vollends nach dem wenig günstigen Entwicklungsgange unserer Advokatur in älterer Zeit — als eine unerhörte Vergewaltigung dar!

Im ersten Viertel des 19. Jahrhunderts, das bekanntlich in großem Umfange eine lebhafte, gesunde gesetzgeberische Tätigkeit auf dem Gebiete des Gerichtswesens entwickelte, wird nirgends in Deutschland ernstlich auf den Anwaltzwang gegriffen; eine Ausnahme bildet nur die Prozeßordnung für das Fürstentum Lübeck, und zum Teil die Prozeßordnungen für Braunschweig und Mecklenburg. — Die Hansestädte, Mecklenburg, Hannover, Württemberg, Bayern, Baden lehnen in den neuen Gesetzen den Anwaltzwang ab (400 J. S. 540—560). Eine Wendung trat erst ein, als Bayern und Preußen — sehr mit Unrecht — dem Drängen der rheinländischen Juristen nachgebend, Zivilprozeßgesetze auf schlechthin französisch-rechtlicher Grundlage in Angriff nahmen. — Von besonderem Interesse ist hier die tüchtige, durchaus selbständig gearbeitete Zivilprozeßordnung für das Königreich Württemberg vom 3. April 1868. Hier nun wurde, der damaligen Strömung entgegen, der Anwaltzwang unbedingt abgelehnt. Ich darf die gute, deutschem Empfinden Ausdruck gebende Begründung solcher Stellungnahme wohl vollständig wiedergeben:

Es „wird für den Anwaltzwang überhaupt entweder die Rücksicht auf die im Interesse des Gerichts und der Gegenpartei wünschenswertere, leichtere und raschere Abwicklung der Prozesse — oder die Unterstellung der präsumtiven Unfähigkeit der nicht rechtsgelehrten Parteien zu eigner zweckentsprechender Führung ihrer Sache geltend gemacht werden können. Beide Gründe sind jedoch nicht durchschlagend. Der erstere hat keine Berechtigung, denn weder das Interesse des Staats an Schonung der Zeit und Arbeitskraft der Gerichte, noch das Interesse der Gegenpartei an rascher Erledigung ihrer Sache rechtfertigt den gesetzlichen Zwang gegen die Parteien, sich der eigenen Führung ihrer Rechtsstreitigkeiten zu begeben.

— Der zweite Grund ist nicht einmal faktisch richtig, oder auch nur für das Verfahren vor den Kollegialgerichten (Kreisgerichten) besonders richtig, da der Geldbetrag des Streitwerts wohl die Zuständigkeit des Gerichts, aber nicht die relative Erheblichkeit des Streits für die Partei, oder dessen Schwierigkeit bestimmt. Es werden bei den Kreisgerichten einfache Sachen in Menge vorkommen, und es wird je länger desto mehr in allen Ständen Personen genug geben, welche auch ohne juristische Bildung ihre Sache genügend zu verteidigen vermögen. Selbst gegenüber denen, bei welchen diese Voraussetzung nicht zutrifft, enthält der Anwaltzwang eine Maßregel derjenigen staatlichen Bevormundung, welche man auf anderen Gebieten des öffentlichen Lebens zu beseitigen eifrig bemüht ist, im Prozeßverfahren aber nur dann nicht entbehren kann, wenn die Gesetzgebung um der sogenannten „Reinhaltung des richterlichen Amtes“ willen den Parteien den Anspruch auf die formelle prozeßleitende Beihilfe der zur Rechtsverwaltung berufenen Staatsorgane entzieht und das Prozeßverfahren, der ganzen Richtung der Zeit zuwider, mit einem Formalismus umkleidet, in welchem sich vor den Gerichten gefahrlos zu bewegen, dem nicht rechtsgelehrten Bürger freilich unmöglich ist. Diese Klippe hat der Entwurf zu vermeiden gesucht; um so eher wird er den Anwaltzwang entbehren können.“ [39])

Die zutreffende deductio ad absurdum, die in vorstehenden Ausführungen gegeben wird, ist klar genug: das französische, ausschließlich mit der Urteilsfällung sich befassende Richtertum soll uns aufgedrängt werden. Das scheint durchführbar nur bei Übernahme des Prozeßbetriebes durch die Parteien. Diese Einrichtung wiederum setzt voraus einerseits die Bestellung einer Reihe bei uns bisher entbehrlicher Subalternbeamten, der Gerichtsvollzieher, und zuletzt als Krönung des Gebäudes

den Anwaltzwang. Unsere Prozeßparteien, denen die unmittelbare Hilfstätigkeit des Richters entzogen wird, haben den Schaden und die Kosten zu tragen, — und das alles nur unserer „Ausländerei" zu Liebe! Bis zum Oktober 1879 hat dann in Württemberg der Anwaltzwang nicht bestanden.

Dabei ist für uns nach der durchgeführten „Lokalisierung" des Anwaltstandes der Anwaltzwang insofern noch verschärft, als den Parteien die freie Wahl des Anwalts erheblich verkümmert wird. Eine weitere Verschärfung liegt darin, daß bei uns die Partei nicht, wie in Frankreich, im Beistande ihres Anwalts ihre Sache auch selbst vortragen kann. Unser Gesetz gibt für solches Parteirecht im § 85 Satz 2 nur sehr schwächlichen Ersatz.[40]) —

Wie können wir zur Beseitigung dieser Mißstände gelangen, die vielleicht (vielleicht!) in der Praxis sich nicht immer als drückend erweisen, die aber unserer deutschen Rechtsauffassung in alle Wege unverständlich, verkehrt, ungerecht erscheinen werden und müssen?

Nun, die Antwort ist leicht gegeben: wir brauchen eben nur den § 78 unseres Gesetzes zu streichen und damit den Anwaltzwang aufzuheben. Das aber müssen wir tun, je rascher, desto besser!

Und dieser Schritt kann uns wahrlich nicht schwer werden, hat ihn doch unbedenklich diejenige Gesetzgebung getan, die, als erste, französische Prozeßgrundsätze außerhalb Frankreichs zur Geltung brachte:

Das von Bellot redigierte Genfer Prozeßgesetz von 1891, eine hervorragende Revision des code de procédure civile, schreibt im Art. 59 vor: Les parties comparaîtront à l'audience par elles-mêmes, par les personnes sous la puissance ou l'autorité des quelles elles se trouvent,

ou par leurs Procureurs[41]) und im Genfer Gesetz über die Advokaten, Prokureure und Gerichtsvollzieher vom 20. Juni 1834 Art. 8 Toutes les parties pourront comparaître et se defendre elles mêmes, ou par les personnes sous la puissance ou l'autorite desquelles elles se trouvent, sans l'assistance d'Avocat.[42])

Mit diesem Hinweise allein wäre füglich schon dargetan, daß — wenn wir schon ein auf französischer Grundlage hergestelltes Prozeßgesetz brauchten, die Übernahme des durchgreifenden Anwaltzwanges für uns nie und nimmer unentbehrlich war, wie doch offenbar heute unser gesamter Anwaltstand annimmt.

Die aufgeworfene Frage der Abschaffung des unserem Rechtsgefühl wiederstrebenden Anwaltzwanges ist aber noch nach einer anderen Seite hin für die Neuordnung unseres Gerichtswesens von schwerwiegender Bedeutung!

Es ist oft genug, so auch in der Schrift von Erwin Kruse, die hier den Ausgangspunkt meiner Erörterungen bildet, — mit Recht hervorgehoben worden, daß ein durchweg hochstehendes Gerichtswesen eines hochstehenden, vornehmen Anwaltstandes nicht entraten kann. Für die Entwicklung eines solchen waren bei uns bisher nicht die Voraussetzungen gegeben. Das hat auch Leonhardt erkannt und bekannt, als er in jener entscheidenden Reichstagsverhandlung vom 18. November 1876 mit einer bei ihm doch wohl auffallenden Unsicherheit hinwies auf die schwierige und verantwortliche Arbeit einer durchgreifenden Reorganisation der Anwaltschaft[43]) (vgl. oben S. 14).

In der Tat, hier handelt es sich um Gesetzesbestimmungen, die dem Schöpfer der Zivilprozeßordnung gänzlich mißlungen sind, — sich durchweg als verfehlt erwiesen haben. Die un-

erläßliche Zurechtstellung dieses Teils unserer Gerichtsorganisation ist nicht wohl länger aufschiebbar. Sie ist ferner in gesunder Weise nur durchführbar, wenn unser Anwaltstand selbst die ihm drohende Gefahr erkennt und dem entsprechend für Neuregelung seiner Verhältnisse eintritt. — Der Anwaltzwang stammt aus Frankreich her. Dort hat ihn, unter Gerichtszuständen, die weit von den unsrigen abwichen, durchgesetzt und aufrecht erhalten: ein hochangesehener, mächtiger, aber zugleich von den vornehmsten Traditionen getragener Advokatenstand, der auch heute noch seinen Mitgliedern den Weg zu den höchsten Ämtern und Würden im Staate eröffnet.

In England wiederum, das den Anwaltzwang nicht kennt, bildet der besonders abgestufte Anwaltstand die Schule für das Richtertum, dem die Anwälte sich in kollegialischer Stellung angliedern.

Beide Gestaltungen der Anwaltschaft sind im Zusammenhange mit der entsprechenden Gerichtsorganisation geschichtlich erwachsen und lassen sich auf andere Staaten, mit anderer geschichtlicher Entwicklung nicht übertragen. Aber der hohen Stellung, die, wie in Frankreich, so in England, die Anwaltschaft einnimmt, entsprechen auch Leistungen, denen die Anerkennung von der Bevölkerung nicht versagt werden konnte.

Der Stand der Advokaten in Deutschland, dessen Geschichte neuerdings ebenso sorgfältig als unparteiisch dargestellt worden ist, vermag eben nicht auf eine besonders ruhmvolle Vergangenheit zurückzublicken. Da war es dann erklärlich, daß unser Gesetzgeber tabula rasa mit der Vergangenheit machte, und auch hier einen „Neubau von Grund auf“ in Angriff nahm. Gneists Schrift: „Freie Advokatur“ [44]) (1867) hat nach vielen Richtungen dabei die Grundlagen bieten müssen, nur wurde jetzt unter Freiheit der Advokatur das denkbar größte Maß

von Rechten, verbunden mit der größtmöglichen Pflichtenlosigkeit verstanden.

Der Eintritt in die Advokatur steht heute bei uns nicht nur jedem Juristen frei, der die Richterqualität erworben hat, die Aufnahme in den Berufsstand wird vielmehr erzwungen, sofern nicht der Antragsteller übel beleumdet ist. — Mit der staatlichen Zulassung ist dem Anwalt ein Anteil gewährt an der aus der Tasche der Rechtsuchenden fließenden Gebührensumme, gleichgültig ob seine Leistungen mehr oder weniger sachgemäß waren. Ruft eine Partei ihn zur Hilfeleistung an, so geht nach den Bestimmungen über die Prozeßvollmacht (Z. P. O. 81 ff.) das dominium litis auf ihn über. Verfehlungen seinerseits hat die Partei zu büßen, wenn sie nicht Ersatz vom Anwalt erlangen kann. Nur der zuglassene Anwalt vermag die Partei zu vertreten.

Anlangend die Pflichten, die solchen Rechten gegenüberstehen, so ist nur die eine Pflicht zur Übernahme von Prozeßführung in richterlichem Auftrage (Armensachen usw.) klargestellt. Den ihn anrufenden Klienten kann er nach freiem Belieben zurückweisen. Über das Maß seiner Pflichten bestimmt er selbst (R. A. O. 28), versichert er doch im Eide nur „die Pflichten eines Rechtsanwalts gewissenhaft zu erfüllen“ (ebd. 17). Und zum Abschlusse bringt dann noch unser Gesetz dem Anwaltstande die Eigenjurisdiktion über Kammermitglieder mit nicht öffentlicher Hauptverhandlung!

Das alles zusammengefaßt, stellt denn doch ein corpus privilegiorum dar, wie es keiner anderen Berufsgruppe bei uns verliehen ist. Gerade bei solcher Häufung aber erblicke ich in den Anwaltbegünstigungen privilegia odiosa!

Ein tüchtiger, selbstbewußter, hochstrebender Anwaltstand hätte längst sich auf eigene Füße stellen müssen, um das

Ansehen zu erlangen, das stets — nicht zum mindestens bei uns — demjenigen gewährt wird, der vor allem nach Maß der übernommenen und erfüllten Pflichten seine Berufstätigkeit bewertet.

Ich weiß sehr wohl, daß der Anwaltsberuf nicht überall dornenlose Wege weist, — aber „viel Feind, viel Ehr!“ Und ich zweifle nicht, daß mit gutem Entschlusse und zäher Durchführung eines solchen, es unserem Anwaltstande gelingen müßte, sich das würdige, höhere Ansehen zu erwerben, das allein diesen exponierten, schwierigen Beruf zu einem erfreulichen machen kann.

Wie gesagt, der Anwaltzwang wäre schlechthin aufzuheben, am besten auf Initiative der Anwälte selbst. Pekuniäre Schädigung der Anwälte wäre damit sicher nicht verbunden, dafür bürgen in erster Reihe unsere modernen Gesetze, deren Verständnis dem nicht juristisch geschulten Reichsangehörigen immerdar verschlossen bleiben wird. Wer hätte auch in unseren Tagen die Zeit den Gang eines von ihm persönlich geführten Prozesses zu verfolgen?

Dann könnte man also doch den Anwaltzwang offenbar beibehalten, — so wird man mir vielleicht entgegnen? — Keineswegs, denn hier handelt es sich um ein „imponderabile“ zugunsten unserer Volksauffassung, die nun einmal den unmittelbaren Verkehr mit dem Richter als ihr gutes Recht beansprucht. Ein „imponderabile“ aber gleichzeitig zugunsten des Anwalts, der nun in seiner Stellung erhöht ist, weil er nicht nur ein Recht ausübt, sondern, und zwar auf ausdrücklichen Antrag seiner Partei, eine höchst verantwortliche Pflicht!

Aus dem Genfer Gesetze über die Advokaten, Prokureure und Huissiers vom 20. Juni 1834 wären aber folgende Bestimmungen zu übernehmen:

Art. 2. Les Avocats prêteront — le serment suivant: „Je jure-de ne conseiller ou soutenir aucune cause qui ne me paraisse juste ou équitable.

Art. 4. Tout Avocat inscrit sur le tableau pourra être nommé d'office — par le Président du tribunal devant lequel la cause sera portée. — Il ne pourra refuser son ministère sans un legitime motif d'excuse — Sera regardée comme une excuse légitime la declaration de l'Avocat qu'il ne peut se charger de la cause sans violer son serment.

Für selbstverständlich halte ich die Beseitigung des § 31 des Gewerbegerichtsgesetzes und der entsprechenden Vorschrift des Kaufmannsgerichtsgesetzes, wonach Rechtsanwälte als Prozeßbevollmächtigte vor diesen Sondergerichten nicht zugelassen werden.

Es ist begreiflich, daß in früheren Zeiten gelegentlich Anwälte zur Führung gewisser Prozesse, insbesondere aber zur Teilnahme am Sühneverfahren nicht zugelassen wurden. Damals galten die Rechtsanwälte eben als die Feinde eines jeden geordneten Gerichtsverfahrens. Heute ist es unverdiente Herabsetzung des Anwaltstandes, wenn man die Teilnahme der Anwälte am Gewerbegerichts- und Kaufmannsgerichtsverfahren verbietet. Es wirken dabei die Erinnerungen aus alter Zeit mit, und es ist widerspruchsvoll, wenn man dem Anwaltstande, dessen Hebung doch durchaus erwünscht ist, ganz offenes Mißtrauen entgegenbringt. — Ohnehin ist es doch auch unrichtig und unzweckmäßig der Partei, die nicht volles Vertrauen zum Gerichte hat, deshalb den Schutz durch einen rechtskundigen Beistand zu versagen. — Das Mißtrauen der Partei wird dadurch vollends gesteigert.

Schließlich sei hier noch erwähnt, daß — abgesehen von Frankreich und dem deutschen Reiche — Anwaltzwang mit mehr oder minder Beschränkung nur durchgeführt ist in den Niederlanden, Luxemburg, Italien und Österreich. Daß in England Anwaltzwang nicht bestehe, wurde bereits erwähnt, auch die skandinavischen Staaten kennen die Einrichtung nicht. Und damit: dixi et animam salvavi!

Kollegium und Einzelrichter.

In seiner Beurteilung der vom Reichsjustizamte entworfenen, zur Zeit dem Reichstage vorliegenden Justiznovelle hat Adolf Wach mit der ihm eigenen apodiktischen Redeweise (D. J. Z. 1908, S. 15) ausgesprochen, es stehe fest, daß „der kollegialen Rechtsprechung die größeren Garantien gerechter Rechtspflege zukommen." Erweiterung der amtsrichtlichen Zuständigkeit bis 800 Mark gereiche zum Schaden des rechtsuchenden Publikums, bedeute Verkümmerung gerechter Rechtspflege ohne ausreichendes Gegengewicht.

Aber nicht jedermann wird Wachs Urteil und seiner Herabsetzung des Einzelrichtertums beitreten; handelt es sich doch um ein „Roma locuta est", wie es von den Theoretikern des gemeinen (italienischen) Prozeßrechts nicht gerade selten, und vollends nicht immer erfolgreich dem einheimischen Prozeßwesen entgegengehalten worden ist. — Wir sind eben allmählich durch solch abfällige Bewertung selbständiger deutscher Rechtsübung abgehärtet worden, wir hören die uns aufgedrungenen Lehren, aber — wir kehren uns nicht daran!

Amtsgerichtsrat Fischer, Berlin, hat zu guter Stunde auf eine charakteristische Stelle in Bismarcks „Gedanken und Erinnerungen" verwiesen (I, S. 13). Bismarck sagt dort: „Ich habe — den Eindruck behalten, daß Richter an den kleinen und lokalen Gerichten den starken Parteiströmungen leichter und hingebender unterliegen, als Verwaltungsbeamte;

und es ist auch kein psychologischer Grund dafür erfindlich, daß bei gleicher Bildung die letzteren a priori für weniger gerecht und gewissenhaft in ihren amtlichen Entscheidungen gehalten werden sollten, als die ersteren. Wohl aber nehme ich an, daß die amtlichen Entschließungen an Ehrlichkeit und Angemessenheit dadurch nicht gewinnen, daß sie kollegialisch gefaßt werden; abgesehen davon, daß Arithmetik und Zufall bei dem Majoritätsvotum an die Stelle logischer Begründung treten, geht das Gefühl persönlicher Verantwortlichkeit, in welcher die wesentliche Bürgschaft für die Gewissenhaftigkeit der Entscheidung liegt, sofort verloren, wenn diese durch anonyme Majoritäten erfolgt."

Zweifellos ist es ein tiefer, fruchtbarer germanischer Gedanke, den Bismarck bei Würdigung des Gegensatzes von Einzelrichtertum und kollegialer Rechtsprechung zur Geltung bringt: der Einzelrichter, der, seiner ganzen Verantwortlichkeit bewußt, offen mit dem von ihm selbst und allein gefundenen Rechtsspruch vor die Gerichtsuntergebenen tritt, — und das Kollegium, dessen einzelne Mitglieder über Art und Umfang ihrer Teilnahme an der Urteilsfällung, also über ihre eigene Abstimmung, keinerlei Rechenschaft nach außen hin geben.

Einfach genug war das, was vor Zeiten bei solch entgegengesetzter Gerichtsgestaltung für das deutsche Volk in Frage stand, und einfach genug steht die Frage auch füglich noch heute für uns! —

Unsere Altvorderen, die ursprünglich unter freiem Himmel Gericht hielten, und deshalb nur öffentliche Gerichtshegung kannten, sie haben in fortgeschrittener Zeit den Wert der Gerichtsöffentlichkeit voll erfaßt, und sich dann die wahre Öffentlichkeit zu erhalten gewußt. Solche wahre Öffentlichkeit ist von höchster Bedeutung für die Rechtspflege freilich nur, so-

lange rechtskundige Gemeindegenossen während der Gerichtsverhandlung dem Werden und der Gestaltung des gerichtlichen Urteils zu folgen vermögen und auch tatsächlich folgen. — Öffentlichkeit in diesem Sinne ist heute schon deshalb arg verkümmert, weil unsere moderne bürgerlich- und prozeßrechtliche Gesetzgebung in ihrer technischen Ausbildung füglich nur noch dem geschulten Juristen verständlich ist. — Die Scheinöffentlichkeit, mit der unsere heutige bürgerliche Rechtspflege sich noch brüstet, ist doch kaum mehr, als eine gelegentlich aus politischen Gründen aufgerichtete und danach beibehaltene dekorative Kulisse hinter der sich gerichtliche Verhandlung und Urteilsfällung geheim genug abspielen!

Doch aber kommt hierbei immerhin der erwähnte Gegensatz zur Geltung; den Einzelrichter sieht und hört doch wenigstens die Partei und der gerade anwesende Gerichtsgenosse: man hat die Möglichkeit, sich ein Bild von seiner Persönlichkeit zu machen, man erblickt den Menschen, der mit der ihm übertragenen Macht durch sein Urteil die Streitenden bindet! Hier läßt sich vielleicht noch von einer, wenn auch nur in geringem Maße gebotenen Gerichtsöffentlichkeit reden. — Aber auch dieser dürftige Rest von Öffentlichkeit verschwindet, sobald die Verhandlung vor dem Kollegialgerichte stattfindet. — Jawohl! Die Türen zum Gerichtssaal stehen offen, aber die zum Kollegium versammelten Richter thronen zumeist schweigend auf ihren Sesseln, sie werden bei der Verhandlung vom Vorsitzenden vertreten, und der Vorsitzende wiederum wird gedeckt durch das vielköpfige Kollegium, dessen Abstimmung geheim nach Stimmenmehrheit entscheidet. Wen zuletzt die Verantwortlichkeit für das zum Schlusse verkündete Urteil treffen mag, das läßt sich nicht ergründen!

So ists aber nicht immer in deutscher Rechtspflege gehalten

worden: der alten, ernsten Zeit genügte eine derart verstümmelte Öffentlichkeit nicht. Es ist von Interesse zu erfahren, wie sicher man in früheren Tagen die soeben gekennzeichneten Mängel unseres heutigen Verfahrens zu beseitigen wußte:

In Bern bestand die Vorschrift: „die Urteile vor Gericht sollen nach altem Herkommen in Gegenwart der Parteien öffentlich ausgesprochen werden.“ Dies wurde bis zum Jahr 1796 durchweg befolgt: doch durfte der Gerichtsbeisitzer, welcher das erste Votum eröffnen mußte, verlangen, daß er sich vor dem öffentlichen Ausspruche desselben mit seinen Kollegen darüber beraten könne; sobald aber diese Beratung zu Ende war, mußte er, sowie die übrigen Beisitzer sein Votum in Gegenwart der Parteien bei offener Tür abgeben. — Von 1798 bis 1803 wurden selbst in der obersten Instanz alle Urteile bei offener Tür abgeraten und gefällt. — Auf diese Weise wurde auch in der kollegialen Rechtspflege die Verantwortlichkeit des einzelnen Mitgliedes für das gefällte Urteil durchgeführt: die Abstimmung mußte schlechthin öffentlich stattfinden.

Es ist Anselm Ritter von Feuerbach, der unerbittliche Beurteiler französischen Gerichtswesens, der uns in seinen längst vergessenen „Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege (Gießen 1821) jene ernste, würdige schweizerische Gerichtsübung übermittelt hat. „Bei den Franzosen erlaubte das Gesetz vom 3. Brumaire d. J. II den Richtern sich nur dann in das Beratungszimmer zurückzuziehen, wenn es darauf ankomme, vorgelegte Beweisurkunden zu prüfen: „mais immediatement après cet examen, ils rentreront à l’audience pour y déliberer en public, y opiner à haute voix et prononcer le jugement.“ Das Gesetz vom 20. April 1810 führte dann geheime

Beratung ein, nur „das Urteil“ wird in öffentlicher Sitzung ausgegeben. Die Einzelabstimmung ist geheim. (C. pr 116, 111), und dem schließt sich unser Gerichtsverfassungsgesetz an vgl. §§ 170, 174, 195, 196.[45])

Ich habe doch Bedenken, ob wir recht taten, auch an diesem Punkte, der wichtiger ist als er erscheinen mag, dem Code Heerfolge zu leisten. Zum mindesten ließe sich die öffentliche Stimmabgabe der einzelnen Kollegialrichter verteidigen, selbst wenn sie ohne Begründung zu erfolgen hätte mit der Stellungnahme für oder wider würde eben der Abstimmende öffentlich und anschaulich einen Teil der Verantwortlichkeit für das auf den Einzelvoten ruhende Schlußurteil des gesamten Gerichts übernehmen.

Unser heutiges Zivilprozeßgesetz leidet schwer an der tatsächlichen Unwahrheit des darin vorgeschriebenen Verfahrens, und solche Unwahrheit wiederum wird hervorgerufen durch das Spiel mit Schlagworten, hinter denen sich unklare Vorstellungen verbergen: wir haben das Mündlichkeitsprinzip und — weil wir die Mündlichkeit zum vollen nicht durchzuführen vermögen —, ersticken wir erst recht in Schriftsätzen. Wir reden von Unmittelbarkeit der Verhandlung, wobei doch normal nur an die Verhandlung von Richter und Partei miteinander gedacht werden kann, während in der Tat im landgerichtlichen Prozesse die Partei selbst und deren Wort so gut wie garnicht in Betracht kommt. — Und nun gar die Öffentlichkeit! Sie ist völlig unfindbar: wird doch die Partei dem Richter unerkennbar verdeckt vom Anwalt, während umgekehrt das einzelne richterliche Mitglied gedeckt bleibt durch das „anonyme Kollegium“, das heimlich den Urteilsspruch zusammenbringt.

Ob es nicht doch möglich und würdig wäre die öffent-

liche Abstimmung der einzelnen Mitglieder des Richterkollegiums bei uns durchzusetzen? Den Richtern wäre damit das Verantwortlichkeitsgefühl geschärft, und wir hätten doch ein gesundes Stück Öffentlichkeit erlangt. — Natürlich gilt das gesagte nur für kleine Kollegien von 2 oder 3 Mitgliedern, denn die öffentliche Einzelabstimmung setzt voraus, daß jedes Gerichtsmitglied den gesamten Stoff selbständig durchgearbeitet habe. Und nach dieser Richtung wiederum steckt in unserer gesamten Kollegialrechtsprechung nicht wenig Unwahrheit. Ich kanns Riedner nur danken, wenn er (S. 13) schreibt:

„Mir selbst — ist es häufig so ergangen, daß ich nach beendeter Verhandlung mit dem dumpfen Gefühl ins Beratungszimmer gegangen bin, ein wirklich klares Bild von dem ganzen Sach- und Streitstand nicht erhalten zu haben, und ich habe mich oft lange gefragt, ob ich es mit meiner Amtspflicht vereinbaren kann, mein Urteil und meine Stimme in einer solchen Sache abzugeben. Ich lege dieses Bekenntnis offen ab auf die Gefahr hin, mir selbst in den Augen solcher, die sich besser dünken, ein testimonium paupertatis gegeben zu haben, aber in der stillen Hoffnung, daß die wirklich Ehrlichen und wohl auch nicht gerade die Untüchtigen mit mir hierin übereinstimmen". Und weiter (S. 4 und 5) „die Akten kennt nur der Referent und der Vorsitzende. Die Information, welche die drei übrigen Richter durch den Vortrag des Referenten erhalten, ist häufig auch eine ungenügende, denn dieser Vortrag ist mit Rücksicht auf die gebotene Zeit mindestens ein beschränkter und auch naturgemäß wegen der bereits vorgefaßten Meinung des Vortragenden ein subjektiv gefärbter." — „In instinktiv richtiger Erkenntnis dieser Tatsachen hat sich denn auch vielfach auf Grund eines stillschweigenden Übereinkommens eine Praxis dahin ausgebildet, daß bei Überein-

stimmung des Referenten und Vorsitzenden eine wirklich ernste Diskussion mit und unter den übrigen Mitgliedern des Kollegiums überhaupt nicht mehr stattfindet" (!). —

Wer möchte wohl an der Richtigkeit dieser Mitteilung zweifeln, die uns unmittelbar aus dem Berufsleben von einem hochgestellten Richter gemacht wird? Und gar so neu und unerhört dürfte Niedners Bekenntnis schwerlich erscheinen. Schon Anselm von Feuerbach der klarsehende Gegner des äußerlichen Wesens französischer Rechtspflege, hat über den Wert der Verhandlung in großen Kollegien, nach eigenen in Frankreich gemachten Erfahrungen mit großer Schärfe sein abfälliges Urteil abgegeben.[46])

Aber Feuerbachs Tadel richtet sich nicht gegen die Personen die im Kollegium richterliche Tätigkeit zu üben haben, es ist vielmehr die Institution, die er angreift, und das zwar mit Recht. Den springenden Punkt hat Bismarck in dem oben wiedergegebenen Ausspruch unwiderleglich gekennzeichnet: es ist leider nur zu sehr in der menschlichen Natur begründet, daß eine gleichzeitig von mehreren Personen in derselben Angelegenheit zu tragende Verantwortlichkeit am Ende von keinem der Teilnehmer getragen wird. Jeder einzelne kommt in die Gefahr, aus Gründen, die in der menschlichen Natur gegeben sind, sich auf die Tüchtigkeit, Sorgfalt, auf den Fleiß des Kollegen zu verlassen, und infolgedessen seiner eigenen Verantwortungspflicht gegenüber abzustumpfen. Mit Recht hebt Vierhaus hervor: „die bei uns historisch gegebenen Sätze, daß die Mitwirkung einer größeren Zahl von Richtern eine größere Gewähr für ein richtiges Urteil biete, und daß die obere Instanz stets stärker besetzt sein müsse, als die vorhergehende, bedürfen noch erst des Beweises.[47]) Ich selbst gehe nach dem früher ausgeführten noch sehr viel weiter, meine

vielmehr, daß nach reichlichen Erfahrungen und bei unbefangener Beurteilung der Menschennatur, der Gegenbeweis zu Ungunsten des Kollegialsystems ausreichend erbracht erscheint. Das gilt zumal für größere Gerichtskörper und für solche die — wie das bei uns doch wohl der Fall sein dürfte — reichlich mit Arbeit überlastet sind: gleichmäßige Vorbereitung und vollständige Durcharbeitung des Stoffs von jedem einzelnen Mitgliede ist ausgeschlossen: der eine Kollege verläßt sich auf den anderen, tüchtigeren; der jüngere auf den älteren, der schwerfälligere auf den frischeren, jüngeren — am letzten Ende schauen alle auf den Vorsitzenden und den Berichterstatter; und das Urteil, das mit Stimmenmehrheit erlassen wird, bietet oft nicht einmal dafür volle Sicherheit, daß die Stimmabgabe allerseits auch nur mit voller Beherrschung der Streitfragen erfolgt sei.

Das Gesagte gilt vornehmlich für größere Kollegien, ich habe insbesondere unsere Oberlandesgerichte im Auge gehabt. Je geringer die Zahl der Mitglieder ist, desto geringer sind die geschilderten Gefahren. Nach meinem Dafürhalten wäre durchweg an der Dreizahl festzuhalten. Stein bemerkt (S. 77): „Adickes unterschätzt den Wert der Beratung, den Wert des Einflusses, den der besonnene ältere Richter auf den lebhafteren jüngeren ausübt. Er unterschätzt das, was der jüngere im Kollegium lernen kann, und unterschätzt den Umstand, daß gerade der jüngere Kollege gegenüber der Routine des älteren häufig das lebendige wissenschaftliche Element darstellt.“

Gewiß, das alles liest sich sehr einleuchtend und ansprechend, allein, „wer eine Ausnahme schildert, schildert unstreitig das minder Natürliche“. Und ob nicht Stein wiederum seinerseits unterschätzt: die straffe bureaukratisch-militärische Zusammenfassung unseres gesamten Beamtentums — einschließlich des

richterlichen — mit seinen Anciennitäts-, Rang- und Titelverhältnissen! Wie häufig findet sich denn solch wissenschaftlich lebendiger jüngerer Kollege, der den Mut hat gegen die „Routine“ seiner Vorgesetzten aus vierjähriger Vorbereitungs- und Lehrzeit energisch aufzutreten? Ich spreche aus den gegenwärtigen Verhältnissen heraus, die nicht gerade angetan sein dürften, die Selbständigkeit unseres nachwachsenden Richtertums zu stärken. Es wird eine Hauptaufgabe aller Justizreform sein, unsere jungen künftigen Richter vor allem zu wahrhaft freien, selbständigen Männern auszubilden. Und solche Ausbildung wird am leichtesten und sichersten zu erreichen sein, nicht im Schoße eines großen Kollegiums, sondern vielmehr in der erziehenden Arbeit als Gehilfe eines hochstehenden Einzelrichters. Im übrigen kann ich nur beistimmen, wenn Stein sagt: „Drei erfahrene Richter beim Oberlandesgericht, vielleicht sogar auch beim Reichsgericht sind genug“ (nur das „vielleicht“ bezüglich des Reichsgerichts möchte ich streichen!).

Andererseits will es mir scheinen, daß von den Adickesschen grundsätzlichen Reformvorschlägen keiner so allseitig Anerkennung gefunden hat, wie der: vom reichlich mißbrauchten französischen Kollegialsystem wieder zum nationalen Einzelrichtersystem zurückzukehren! — Und bei der Diskussion hat nicht einmal im Vordergrund gestanden der doch wohl unbestrittene Gedanke, daß dem Bedürfnisse der großen Menge nur dann Rechnung getragen ist, wenn ihr die Möglichkeit geboten wird, unmittelbar vor dem hochstehendem Einzelrichter, von ihm gestützt und geleitet, ihre Streitsachen zu erledigen. —

Wie dem auch sei, das eine Ergebnis kann ich sicher verzeichnen: Wachs Behauptung, es stehe fest, daß die größeren Garantien gerechter Rechtspflege im Kollegialsystem geboten seien — ist mit nichten als zutreffend anzuerkennen. —

Nur eine Tatsachen-Instanz.

Es kann nicht zweifelhaft sein, daß bei Inangriffnahme einer in der Tat durchgreifenden Reform unseres bürgerlichen Prozeßrechts gerade an diesem Punkte der erbittertste Streit auszufechten sein werde. Und das ist nicht verwunderlich, weil hier eben nach der zwiespältigen Entwicklung und Grundlage, die unser gemeiner Prozeß aufweist, eingewurzelte romanische und germanische Auffassungen in aller Härte aufeinander stoßen.

Der römische bestellte judex, ursprünglich doch wohl gedacht als Beurteiler der für den Prozeß entscheidenden Tatsachen, gab als Geschworener die sententia aus, sie war grundsätzlich unanfechtbar; ordentlicher, regelmäßig offenstehender Rechtsmittelweg war nicht gewährt, — welchen Sinn hätte es auch gehabt den Spruch des einen Geschworenen noch einem zweiten gleichstehenden Geschworenen zur Nachprüfung zu unterbreiten?

Erst mit dem Kaisertum, dann aber alsbald, bildete sich „ein komplizierter ordentlicher Instanzenzng mit voller reformatorischer Wirksamkeit, sei es mit Hilfe der Gesetzgebung, sei es durch das bloße natürliche Getriebe der Gewalt des Princeps mit der darin enthaltenen tribunicia und proconsularis potestas. So erscheint schon Augustus als die regelmäßige höchste Instanz für alle Zivilprozesse des ganzen Reichs. Als die Instanzeneinrichtung zu voller Ausbildung gelangt war,

wurde sie in folgender Stufenfolge zur Ausführung gebracht: vom judex ging die Berufung an die Obrigkeit, die ihn bestellt hatte, vom Prätor an den Präfekten der Stadt, von diesem aufwärts an den Kaiser.

„Für den Gegenstand der Appellation und ihres Erfolges ist das Urteil, gegen welches appelliert wird, formell entscheidend. Die Wirkung der interponierten Appellation, der Unterrichter mag sie für zulässig oder nicht zulässig erklären, ist, daß seine Gewalt in dieser Sache, also die Fortsetzung der Untersuchung bei der Appellation gegen ein Interlokut oder bei dem Endurteil die Exekution suspendiert ist. — Der Appellant muß — persönlich oder durch einen Bevollmächtigten — vor dem höheren Richter erscheinen, auch seine Beweise zur Stelle schaffen; denn die weitere Verhandlung der Sache findet nun in der höheren Instanz statt. Von Einbringung der Akten erster Instanz ist keine Rede; natürlich, denn über die Verhandlung vor dem Geschworenen, der gewöhnliche Fall, gab es solche nicht, und überall war der Appellationsrichter daran nicht gebunden." Der Appellant ist „auf die bei der Interposition angegebenen Gründe oder auf die in der früheren Verhandlung vorgekommenen Tatsachen und Beweise nicht beschränkt. Denn es handelt sich nicht darum, ob der Unterrichter nach dem, was ihm vorlag, richtig geurteilt habe, sondern um das materielle Recht in der Sache, deren Verhandlung mit allen von den Parteien beigebrachten Mitteln von Neuem beginnt. Der Gegner kann, wenn er will, sich auch einfinden und seine Gegendeduktion und Gegenbeweise vorbringen. Der Appellationsrichter erkennt dann über die Formalien und Materialien der Appellation. Auch das konfirmatorische Urteil wird, weil es auf ein neues Verfahren gegründet ist, als ein neues betrachtet, also nicht zurückbezogen

auf den Zeitpunkt des Urteils erster Instanz. Im Fall des reformatorischen Urteils wird das frühere in allen seinen Folgen aufgehoben."

Es handelte sich also um Durchführung einer umfassenden Kontrolle der obersten Gewalt, des Kaisers, über die Tätigkeit seiner Rechtspflegebeamten. Lag schon hierin, und weil auch im Gerichtswesen die Macht des Imperators als letzter Instanz absolut gedacht war, ein Grund für die römische Auffassung, daß durch Anrufung des Oberrichters ein völlig neues judicium eröffnet werde, so wirkte zugleich eben dahin die Art des römischen Rechtsganges. Die Verhandlung vor dem judex war ganz dem Ermessen des letzteren freigegeben, keinerlei Ordnung war vorgeschrieben. Die Appellation nun gegen die sententia beseitigte dieses erste Urteil, ein neues, vom Oberrichter zu fällendes Erkenntnis sollte erst künftig den Streit beenden: einstweilen aber war der Prozeß abermals auf demselben Punkte, wie unmittelbar nach der Litiskontestation: Angriff und Verteidigung standen nach allen Richtungen hin den Parteien offen.

Die römische Appellation führte also zu einer vollständig neuen Verhandlung für die der bisherige, in der Unterinstanz erörterte Streitstoff zunächst garnicht in Betracht kam: der Appellant konnte beliebig neue Tatsachen vortragen, oder neue Beweismittel einbringen, das war aber nicht ein „beneficium" des Appellanten, sondern nur die Folge der Auffassung des Appellationsverfahrens als eines in Wahrheit novum judicium. — Allein nach Diocletian gestaltet sich das Berufungsverfahren vor dem kaiserlichen Gerichtshofe als ein rein schriftliches, der Kaiser entschied lediglich auf Grundlage der ihm vorliegenden Akten, und „in engem Zusammenhang mit dieser Veränderung steht es nun, daß die Vorführung von neuen Tatsachen und

Beweismitteln in dem kaiserlichen Berufungsgerichte jetzt ebenso entschieden untersagt ist, wie dieselbe bis dahin als zulässig erachtet wurde. So heißt es in L. 11 pr. C. Th. de appell. 11. 30 „Nemo in refutatione aliquid congerat, quod asscrere intentione neglexerit. — Propter quod cogi etiam singulos oportebit ad proferenda in judicio universa, quae ad substantiam litigii proficere arbitrantur atque ea ratione urgeri, ut sciant, sibi ex auctoritate legis istius non licere refutatoriis tale aliquid ingerere, quod apud iudicem non ausi fuerint publicare." —

Ich setze diese römische Vorschrift hierher, um darzutun, daß doch auch den römischen Kaisern gelegentlich das vollständig unbeschränkte novum judicium in der Appellationsinstanz ernste Bedenken geursacht hat.

Die kanonische Prozeßgesetzgebung gestattet überall, auch vor der höchsten kirchlichen Instanz, dem Pabste, die Vorführung neuer Tatsachen und Beweismittel. Doch auch hier führte die fast unbeschränkte Anwendbarkeit des Rechtsmittels zu außerordentlicher Überlastung der höheren Instanzen und demnächst zu gesetzlichen Restriktionen. So bestimmt z. B. C. 5 Clem. 2. 12: „Appellanti ab interlocutoria vel a gravamine iudicis non licet alias causas persequi quam appellatione sua nominatim dumtaxat expressas; nec processus primi judicis ex novis ant de novo probandis iustificari potest vel etiam impugnari sed tantum ex illis, quae acta fuerunt vel exhibita coram ipso."

Mengers sorgfältige, tüchtige Abhandlung, der ich bis dahin gefolgt bin, hat weiterhin reichlich positives Material herbeigeschafft; dasselbe ist jedoch zwiespältig genug, und deshalb hätte nahe gelegen, das gestellte Problem von geschichtlichem Standpunkte zu untersuchen und so zunächst seinen Ur-

sprung zu ergründen: handelt es sich um eine Rechtsbildung römisch-italienischen Prozesses, oder hat unser einheimisches Recht die Grundlagen dargeboten für den Ausschluß neuen tatsächlichen Vorbringens in den Rechtsmittelinstanzen? Die Frage ist von nicht geringem Interesse, finden sich doch an diesem Punkte im römischen Kaiserprozesse anscheinend dieselben Gedanken durchgeführt, die späterhin von unserer selbständigen deutschen Prozeßgesetzgebung energisch zur Geltung gebracht worden sind.

Nach meiner auf die geschichtliche Entwicklung des sogenannten „Novenrechts" gestützten Auffassung handelt es sich um ein prozeßrechtliches Gebilde, an dessen Durchsetzung und Ausgestaltung sowohl romanisch-italienisches als germanisch deutsches Recht gearbeitet haben. Ziele und zuletzt wohl auch Ergebnisse waren beiderseits die gleichen, wiewohl die grundlegenden Gedanken ursprünglich weit auseinander lagen.

Den höheren Instanzen im römischen Kaiserprozesse und im kanonischen Prozesse wuchs das völlig unbeschränkte novum iudicium über den Kopf, man konnte sich nicht verhehlen, daß damit eine gewaltige Überlastung der Gerichte und folgerecht eine bedenkliche Verlangsamung der Rechtspflege gegeben war, und aus diesen prozeßpolitischen Gründen griff die römisch-kanonische Gesetzgebung wiederholt mit mehr oder weniger gewaltsamer Zurückdrängung des oberinstanzlichen Novenrechts ein.

Für den germanisch-deutschen Prozeß umgekehrt handelte es sich um einen Kernpunkt des Gerichtsverfahrens, um die ganze Anlage desselben. (Vgl. oben S. 61 ff.)

Die Urteilsschelte war jedem Urteil gegenüber zulässig, eine Einschränkung nach der Zahl des Urteilscheltens war den Rechtsbüchern nicht bekannt. Der Rechtszug wird z. B. für

gewisse Gebiete dahin beschrieben, daß nacheinander fünfmal Urteil gescholten werden könne.

„Entschieden wird vom oberen Gericht die streitige Rechtsfrage, eine Anfechtung der Tatfrage, etwa durch Schelten des Eides, oder Zeugnisses, ist dem sächsischen Quellenkreise überhaupt fremd. Die Entscheidung erfolgt auf Grund des vor dem unteren Gericht vorgebrachten. Denn das Schelten ist ein persönlicher Angriff gegen den Finder, des Inhalts, daß er unrecht geurteilt, dessen Berechtigung nur auf Grund dessen, was diesem vorlag, beurteilt werden kann. Vorgetragen wird daher im oberen Gericht genau das im unteren Vorgebrachte, mit Ausschluß alles neuen sachlichen Materials. (Verstärkte Rechtsbegründung dagegen, die auch dem Finder bekannt sein mußte, hinzuzufügen, ist nicht unzulässig.)" —

Schon diese Gegenüberstellung ist bedeutsam: auf der einen Seite eine dem formlosen römischen Rechtsmittelverfahren aufgezwungene erhebliche Beschränkung der Parteirechte, — und auf der anderen Seite Durchführung eines uralten, niemals angetasteten Grundsatzes deutschen Rechts: Die Apellation und die Schelte.

Es liegt danach auf der Hand, daß, als die Rezeptionsgesetzgebung begann, nur die Vertreter deutscher Rechtsauffassung Anlaß hatten, den Ausschluß von Neuerungen im Rechtsmittelverfahren zu befürworten.

Und so geschah es denn auch: der Reichsabschied zu Augsburg vom Jahre 1500 enthielt (XVI, § 9) folgende Vorschrift: „Wo aber der Appellans oder Appellatus etwas weiters, dann in der ersten Instanz zu beweisen oder fürzubringen hätten, soll er solches schriftlich — fürbringen. Das fremde Recht war damit schlechthin übernommen. — Nur der hohe Adel setzte zu Gunsten seiner Austräge, die in zweiter Instanz

vor das Kammergericht gehörten, in der Wormser Kammergerichtsordnung von 1521 eine Ausnahme durch: es wurde im Sinne deutschen Rechts die einschränkende Klausel hinzugefügt, daß Neuerungen nicht anders als nach geleistetem entsprechenden Noveneide zu berücksichtigen sein. (Vgl. oben S. 65 ff., woselbst die fast allseitige Übernahme des Noveneides durch die deutsche Partikulargesetzgebung dargelegt ist, zum Abschluß der durchaus gesunden Bewegung aber doch wieder die Verdrängung deutschen Rechts verzeichnet werden mußte. Solcher Mißerfolg wurde herbeigeführt durch die völlige Verflachung der Noveneidformel in J. R. A. v. 1654 § 73.) —

Kursachsen hatte schon früh aus der festen Gliederung des Verfahrens (Eventualprinzip) und aus der peremtorischen Beweisfrist die Folgerung gezogen, daß die Läuterung, wie die daneben gestellte Appellation zu einem novum judicium nicht führen könne. Hier galt schlechthin der dem deutschen Rechtsgange entnommene Grundsatz: „ein Mann ein Wort“: beide Rechtsmittel führen nur zu abermaliger Prüfung und Beurteilung des vor dem ersten Gerichte endgültig festgestellten Sachverhalts; bei der Läuterung durch den früheren Richter oder durch ein Spruchkollegium, bei der Appellation durch die dem ersten zunächst übergeordnete Gerichtsinstanz, an letzter Stelle durch das fürstliche Appellationsgericht. Immerhin hat man auch zeitweilig in Sachsen, wenn auch nur in sehr beschränktem Umfange, neues Vorbringen in der Appellationsinstanz zugelassen. Das ist erkennbar aus der Fassung der const XXI, welche die „Beweisung in der andern Instanz“ dem Wortlaute nach nur ausschließt in Bezug auf Zeugenvernehmung über schon früher eingebrachte, oder direkt entgegengesetzte Artikel, und das zwar unter Berufung auf die Übereinstimmung des sächsischen und des gemeinen Rechts in

diesem Punkte. Carpzows Definitionen lassen denn auch, unter strikter Interpretation des Gesetzes für das Appellationsverfahren neuen Beweis zu, — freilich nicht neue Behauptungen. — Diese Bestimmung erinnert an das englische Recht (vgl. oben S. 60 und im übrigen die sächsischen Prozeßordnungen von 1622 und 1724. — XX). — Und damit breche ich die geschichtliche Untersuchung ab, um auf die Prozeßgesetzgebungen unserer Zeit überzugehen.

Von Interesse sind hier füglich nur die Prozesse der germanischen Staaten. Daß England nur eine Tatsacheninstanz kennt, wurde erwähnt. Für Dänemark und Norwegen gilt die Vorschrift: „Neue Tatsachen, Klagegründe oder Einreden können bei der Berufung vorgebracht werden, wenn es der Partei unmöglich war, sie früher vorzubringen — — im übrigen ist zum Vorbringen von neuen Tatsachen eine Bewilligung notwendig, und sie wird erteilt, wenn besondere Gründe dafür sprechen.

In Schweden und Finnland können die Parteien mündliche Verhöre, deren ursprüngliche Bedeutung jedoch jetzt ziemlich geschmälert ist, zwecks weiterer Begründung, Beweiserhebungen und dergleichen beantragen. Mit der Beweisaufnahme, insofern sie in Vernehmung von Zeugen besteht, wird gewöhnlich ein Untergericht beauftragt. —

Fast einmütig hat am deutschen Rechte festgehalten die schweizerische Eidgenossenschaft: der Zahl der Kantone entsprechend, handelt es sich um nicht weniger als 25 Prozeßordnungen, die in zwei Gruppen zerfallen, deren erste 21 Kantongesetze umfaßt, während die zweite von nur 4 Gesetzen gebildet wird. Diese kleinere Gruppe vereinigt die Prozeßgesetze der Kantone Freiburg, Schaffhausen, St. Gallen und Genf, nach denen die Appellation zu einer Fortsetzung der

ersten Verhandlung vor dem Berufungsgerichte führt. Zur größeren Gruppe gehören diejenigen Gesetze, welche schlechthin Neuerungen in der Oberinstanz ausschließen, oder aber dieselben nur unter gewissen Beschränkungen zulassen. Auf die Einzelbestimmungen ist hier nicht einzugehen.

Ist solche Bewahrung alter deutscher Rechtsauffassung gewiß erfreulich, so ist doch wohl noch bedeutsamer, daß die neue österreichische, entschieden fortschrittliche österreichische Zivilprozeßordnung vom 1. August 1895 im § 482 vorschreibt: „In der Verhandlung vor dem Berufungsgerichte darf mit Ausnahme des Anspruches auf Erstattung der Kosten des Berufungsverfahrens weder ein neuer Anspruch, noch eine neue Einrede erhoben werden. Tatumstände und Beweise, die nach Inhalt der erstrichterlichen Prozeßakten und des Urteilstatbestandes in erster Instanz nicht vorgekommen sind, dürfen von den Parteien im Berufungsverfahren nur zur Dartuung oder Widerlegung der geltend gemachten Berufungsgründe vorgebracht werden."

Das Gesetz hat es unterlassen, den Begriff „Berufungsgrund" genau zu definieren, weshalb die Feststellung der Grenzen des Neuerungsrechtes eine in der Literatur vielfach und eingehend erörterte Streitfrage geworden ist. Die herrschende Anschauung hat sich gegen das Recht, neue Tatsachen, und Beweise zum Nachweise der objektiven Unrichtigkeit des Urteilstatbestandes vorzubringen, ausgesprochen und die Praxis hat sich, soweit bekannt, ihr angeschlossen. Solch im Sinne deutschen Rechtes konservatives, mit der älteren österreichischen Gesetzgebung übereinstimmendes Vorgehen unseres Nachbarstaates ist füglich geeignet auch uns den Mut zur Selbständigkeit zu stärken! Wir in Deutschland haben vor allem, um zu besserem Rechtsgange zu gelangen, das römisch-

französische novum judicium in der Oberinstanz wieder abzuwerfen. Dasselbe hat sich nach meinem Dafürhalten unter der Herrschaft der Zivilprozeßordnung ausgewiesen als eine höchst bedenkliche, verwirrende, wenn nicht gar destruktiv wirkende Einrichtung. —

Bei Erörterung der hier vorliegenden Frage habe ichs in erster Reihe mit Stein als meinem Gegner zu tun; — und dennoch stimmen wir beide darin überein, daß das „was heute Adickes als halben Justizbankerott darstellt, nicht weiter ist, als Klage über die von uns übernommenen französischen Einrichtungen“ (Stein, S. 7). Damit wäre also für die Verständigung zwischen uns erfreulich neutraler Boden gegeben. Die Entwickelung des Grundsatzes „nur eine Tatsacheninstanz“, als eines durchweg anerkannten deutschen Rechtssatzes habe ich zunächst ganz objektiv geschichtlich dargelegt. — Erst an dieser Stelle komme ich zur Streitfrage, ob es sich für uns heute empfehle, noch weiter am römisch-französischen novum judicium in der Berufungsinstanz festzuhalten, oder ob wir nicht doch besser täten, deutscher Rechtsanschauung folgend, tatsächliche Neuerungen in der Oberinstanz auszuschließen?

Stein schreibt (S. 89): Ich halte mit Wach unsere Berufung, in der den Parteien der Mund nicht verboten wird, für den gesundesten Teil unseres gesamten Prozeßrechts; und ferner: „die Hoffnung, die erste Instanz so gut zu gestalten, daß die zweite entbehrlich wird, ist ein utopistischer Gedanke. Ich bekenne mich — zum Anhänger des Gedankens, daß für die Feststellung des Tatbestandes zwei Instanzen gegeben sein müssen, und ich habe diesen Glauben nicht aus Mißtrauen gegen die Richter der ersten Instanz, sondern aus Mißtrauen gegen die Parteien. Man kommt bekanntlich vom Rathaus klüger herunter, als man hinaufgegangen ist. Und

in jedem Prozeß können wir erleben, daß die Parteien erst hinterher aus dem Urteil ersehen, was sie hätten vorbringen sollen" (S. 88).

Ich vermag dieser Verteidignng des Novenrechts doch nicht beizutreten!

1. Zunächst erklärt Stein (S. 80), daß er unerschrockener Vertreter des Mündlichkeitsgrundsatzes sei. Dieser nötigt freilich, weil Akteninhalt und Prozeßinhalt sich dann nicht decken (Wach Vortr. 248) zur Zulassung von neuen Tatsachen und Behauptungen. Das kommt nicht in Betracht, wenn, wie ich annehme, hinkünftig in allen irgend wichtigeren Sachen beim erstinstanzlichen Gerichte der Streitstoff ausreichend festgehalten wird, sei es durch Schriftsätze, sei es durch ein ergiebiges Protokoll. Erklärt doch Adickes ausdrücklich, es gelte vor allem, das Verfahren durchweg umzugestalten, das „Prinzip der Mündlichkeit" als solches auszutreiben und Mündlicheit und Schriftlichkeit je nach Bedürfnis dort zu verwenden, wo sie dem Zweck rascher und sicherer Prozeßführung am besten entsprechen (I, 118).

2. Weshalb es unmöglich sein sollte, die erste Instanz, in der die Prozeßgrundlegung zunächst erfolgt, einwandfrei zuverlässig zu gestalten, vermag ich nicht einzusehen, soll doch gerade an dieser Stelle der „erhöhte" Einzelrichter, wie Adickes ihn befürwortet, sich bewähren!

3. Und wie kommt Stein dazu, „aus Mißtrauen gegen die Parteien" zwei übereinander geschichtete Tatsacheninstanzen zu beanspruchen? Es sind doch nicht mehr als zwei Möglichkeiten gegeben: entweder liegt nur ein Parteiprozeß vor, dann wird eben der erfahrene Einzelrichter mit den Parteien derart verhandeln, daß er den Rechtsstreit mit ihnen durchspricht, alle

dunklen Punkte durch Fragen aufklärend (a. a. O. S. 102); dann wird aber auch die vom Richter so geleitete Partei den Tatbestand erschöpfend darlegen können. Findet dagegen Anwaltsprozeß statt, so ist doch die Partei eben durch ihren Anwalt genügend beraten. Dem Anwalt aber kann es wohl nicht so besonders schwer werden, auch einen komplizierten Tatbestand klar und vollständig darzulegen, zumal bei solcher Darlegung ebenfalls der Einzelrichter ergänzend eingreifen kann und wird. Ob nicht vielleicht gerade an dieser Stelle Stein übersieht, daß — eben weil heute die Tür zum novum judicium stets offen steht — die Anwälte leicht der Gefahr unterliegen, das erstinstanzliche Verfahren oberflächlich zu behandeln und etwaige Zurechtstellung und Ergänzung auf die Berufungsinstanz zu verschieben. Wenn das zutrifft, dann könnte den „Parteien" der Mund freilich nicht verboten werden. Aber bei bestehendem Anwaltzwange wird man doch mit einem pflichtgetreuen, seiner Verantwortlichkeit bewußten Anwaltstande rechnen dürfen!!

4. Und endlich wäre doch noch für den, der fürchtet, daß die erstinstanzliche Verhandlung zu kurz, zu flüchtig gehandhabt werden könnte, der naheliegende Ausweg gegeben, daß das Gesetz ausdrücklich erklärt, die in erster Instanz verhandelnde Partei könne verlangen in mindestens zwei — oder auch drei — gesonderten Terminen gehört zu werden. Dann wäre doch jedermann sicher, ausgiebig reden zu können und die Gefahr einer ungenügenden Tatbestandfeststellung wäre beseitigt ohne die, wie gesagt, heute so bedenkliche Inanspruchnahme der Berufungsinstanz! — Für die Parteien ist es natürlich bequem, zuvor einen Urteilsspruch zu erhalten und daraufhin ihr bisheriges Vorbringen ändern und ergänzen zu können, für unsere Rechtspflege als Ganzes erwächst aber mit solcher Übung erheblicher Schade. —

Otto Bähr hat sich im Jahre 1871 zur vorstehend erörterten Frage ausgesprochen: „Ob das beneficium novorum für die Berufungsinstanz sich empfehle oder nicht, darüber läßt sich ja streiten. Es ist das eine Frage der stärkeren oder minder starken Anspannung der Eventualmaxime. In Kurhessen z. B. bestand von 1834 bis 1867 kein beneficium novorum, und man befand sich im allgemeinen wohl dabei; ob schon nicht zu leugnen, daß infolge davon Restitutionsgesuche mit neuem Vorbringen in der Appellationsinstanz häufig waren, die dann verhältnismäßig auch leicht gewährt wurden. Auch in Preußen ist ja für die Oberappellation das beneficium novorum ausgeschlossen" (ebenso steht es bei der Revision nach Maßgabe der Z. P. O.). Bähr spricht sich dann für eine Berufung mit dem beneficium novorum für den Entwurf der Z. P. O. aus und das zwar vor allem aus zwei Gründen: 1. weil der Prozeß des Entwurfs jede Garantie für die richtige Feststellung dessen entbehre, was die Parteien in erster Instanz vorgebracht hätten, der „Tatbestand" sei ein Referat ohne objektive Kontrolle. 2. Es fehle eine Vorschrift, die dem Richter zur Pflicht mache, die Parteien, wenn sie nicht von selbst die nötigen Beweise antreten, hierzu unter Beziehung der betreffenden Tatsachen aufzufordern, dergestalt, daß nur an diese Aufforderung der Rechtsnachteil der Beweisfälligkeit geknüpft werden kann."

Diese beiden gegen das novum judicium in der Berufungsinstanz sprechenden Gründe würden aber, eine Justizreform vorausgesetzt, sicher nicht in Frage kommen, weil solchenfalls die erste Instanz den Streitstoff schriftlich festzulegen hätte, und ferner, weil der reformierte Prozeß doch wohl schwerlich auf die Verhandlungsmaxime in starrester Form gegründet werden

könnte. — Nach diesen Ausführungen also kann ich mich bei Verteidigung des Grundsatzes „nur eine Tatsacheninstanz!“ zu meinen Gunsten auf einen so ausgezeichneten Praktiker, wie Otto Bähr berufen, der sich danach keineswegs grundsätzlich für das Novenrecht ausgesprochen hätte.

Aber auch an einen ausgezeichneten Prozeßtheoretiker, als Gegner des novum judicium muß ich erinnern, zumal derselbe gerade diejenigen Gesichtspunkte hervorgehoben hat, die heute bei Behandlung der Streitfrage an erster Stelle für uns in Betracht kommen.

In einem für den zweiten Juristentag von Julius Wilhelm Planck abgegebenen Gutachten (1861, Bd. 1, S. 73 ff.) wird ausgeführt: „neuere Partikularprozeß-Ordnungen erweitern die — Befugnis des neuen Vorbringens so sehr, daß fast nur die Festhaltung des in erster Instanz gestellten Klageantrags die Grenze bildet. Der Charakter der Berufungsinstanz wird dadurch wesentlich geändert. Die Bedeutung des von dem ersten Richter abgegebenen Urteils ist fortan die eines Schiedsspruchs, dem sich die Parteien freiwillig ganz oder teilweise unterwerfen können. Rücksichtlich der angefochtenen Teile aber beginnt vor dem Oberrichter von vorne mindestens über den betreffenden Prozeßabschnitt ein neues Verfahren, in welchem jeder Partei alle einem solchen zukommenden Befugnisse offen stehen. Die Berufungsinstanz ist mit einem Wort keine zweite für die Kritik des ersten Urteils bestimmte, sondern eine wiederholte erste Instanz. Anderwärts — hat man den umgekehrten Weg eingeschlagen, die Benutzung neuer Tatsachen und Beweise bei der Berufung gänzlich ausgeschlossen und an das Rechtsmittel der Restitution und dessen besondere Bedingungen verwiesen.“ — „Die Frage —, welche dieser neueren Einrichtungen die vorzüglichere sei, ist zunächst eine Frage der

Gerichtsverfassung. Die erstere bedingt ein ungleich größeres Personal vom Staat angestellter Richter. Soll das revidierte erste Verfahren seinem Zweck entsprechen, so ist dafür zu sorgen, daß ein zweites, womöglich stärker und besser besetztes Gericht die Revision vornehme. Auch wird die Zahl dieser zweiten Gerichte nicht gering sein dürfen, da die Geschäftslast an Umfang nicht unbedeutend sein kann." — Die Leistungsfähigkeit des Staats an Geld und insbesondere an für die Richterstellen besonders geeigneten Personen hat aber ihre Grenzen. Man wird genötigt sein, den Bedarf auch aus mittelmäßigeren Kräften zu befriedigen und die Besoldungen möglichst gering zu stellen. Die Folge ist immer, daß die Gerichte erster Instanz mit den jüngeren unbedeuteren, nicht ausreichenden Personen, die Obergerichte mit den älteren tüchtigeren Richtern besetzt werden, daß die besten Stellen an den letzteren das Ziel des Strebens für die ersteren werden. Der Schwerpunkt der Rechtspflege liegt alsdann nicht in den Gerichten erster Instanz." — „Es ist eine Zweckmäßigkeitsfrage, ob man bei Ausschließung der zweiten Instanz in der Tatfrage einfach stehen bleiben, oder den Parteien ein neues eigentümlich gestaltetes Rechtsmittel eröffnen will. Und dabei bleibt dann immer noch die weitere Frage offen, ob man der letzten Einrichtung folgend von der neuen Verhandlung alles Tatsächliche ausschließen will, was erweislich dem Unterrichter nicht vorgelegt ist, oder nach der ersteren die Benutzung neuer Tatsachen und Beweise ohne Einschränkung gestatten will. Unter den für die letzte Alternative angeführten Gründen — scheint — der wichtigste, daß durch die erste Verhandlung die Parteien auf die Lücken ihres Angriffs oder ihrer Verteidigung erst aufmerksam werden mögen, und die Gestattung einer wiederholten ersten Verhandlung ihnen die Möglichkeit

bietet, jene Lücken passend zu ergänzen. Kommt es doch zu einer neuen Verhandlung, so scheint es ratsam, den Parteien zu gestatten, darin nicht nur die etwaigen Fehler des Unterrichters in der Konstruktion der Tatfrage zu rügen, sondern ohne weitere Umschweife auch ihre eigenen Fehler zu verbessern."

Diese Einrichtung wird gleichwohl von Planck nicht empfohlen: „Sie ist zunächst eine unbillige Begünstigung der nachlässigen Partei auf Kosten der aufmerksamen." Sodann bewirkt gerade der Ausschluß der nova ein höchst wünschenswertes Zwangsmittel gegen die Parteien, Angriff und Verteidigung in der ersten Verhandlung möglichst sorgfältig vorzubereiten. „Der Schutz gegen die Härte des formellen Rechts sollte nicht gesucht werden in einer Beeinträchtigung der Formen selbst, sondern in der Ausbildung eines tüchtigen Advokatenstandes." — „Strenge, scharf ausgeprägte Formen, insbesondere das Festhalten an der einmal abgegebenen Erklärung, sind ein charakteristischer Zug des älteren deutschen Prozeßrechts." —

Als ein „Kampfesrecht" vermag ich mir nimmermehr das Zivilprozeßrecht vorzustellen. Aber unentbehrlich erscheint mir zu befriedigender Konstruktion: der Grundsatz der Verantwortlichkeit der Partei für ihrerseitiges Unterlassen im Rechtsgange. Und sicher ist, daß diesen Grundsatz das germanische Recht stets sehr viel energischer zur Geltung gebracht hat, als das romanische. — Solches geschah aber bewußt, mit Rücksicht auf die Interessen der Allgemeinheit, des Staates.

Am Fuße des Planckschen Gutachtens, daß ich vorstehend in Kürzung wiedergegeben habe, findet sich auf Seite 72, 73 in Perlschrift (— als wäre es schon damals bedenklich gewesen, so zu sprechen! —) folgende Bemerkung:

„Die finanziellen Vorzüge der Wegschneidung der zweiten

Instanz in der Beweisfrage liegen auf der Hand. Die Parteien sparen die Kosten eines zweiten Beweisverfahrens, welche um so bedeutender sein müssen, je aufrichtiger man, insbesondere durch das unabweisliche Gebot vollständiger Wiederholung, zu Werke geht. Der Staat aber spart an den Kosten der Einrichtung der Gerichte zweiter Instanz und wird dadurch in den Stand gesetzt, die Gerichte erster Instanz, die eigentlichen Gerichte, in gehöriger Weise zu bedenken."

Nahezu 50 Jahre liegen zwischen den wiedergegebenen Ausführungen von Planck und dem heute mit Recht von Adickes immer wieder betonten Gedanken: der Schwerpunkt des Rechtsganges müsse in der erstinstanzlichen Verhandlung liegen, die Rechtsmittel seien einzuschränken. Und beide, Planck sowohl als Adickes streiten übereinstimmend zugunsten der germanischen Rechtsauffassung, die dem einzelnen Beschränkungen auferlegt, um eine gesunde Entwicklung der Gesamtheit und ihrer Wohlfahrt zu ermöglichen. —

Wir aber heute im Deutschen Reiche sind allgemach verweichlicht worden am schlaffen, energielosen romanisch-französischen Rechtsgange, der nur dem Interesse der einzelnen Partei Berücksichtigung schenkt, und das zwar ohne der Schädigung zu gedenken, die damit der Gesamtheit zugefügt wird. Wir stehen auf unserem § 278: „Angriffs- und Verteidigungsmittel können bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, geltend gemacht werden", und das auch dann, wenn 10 oder 20 Termine zwischen der ersten und der letzten Gerichtsverhandlung liegen. Und reicht trotzdem der schwächliche § 278 nicht aus, — ei nun! die §§ 525 und 529 helfen um so ausgiebiger: „vor dem Berufungsgerichte wird der Rechtsstreit in

in den durch die Anträge bestimmten Grenzen **von neuem** verhandelt“ und die Parteien können Angriffs- und Verteidigungsmittel, welche in erster Instanz nicht geltend gemacht sind, **insbesondere neue Tatsachen und Beweismittel** vorbringen“! **Planck** (a. a. O.) bemerkt mit Recht, daß für die ganz neue erste Verhandlung in der Berufungsinstanz „am Ende aus gleicher Rücksicht der Billigkeit die Möglichkeit einer wiederholten Prüfung mit Gestattung von nova gefordert werden könnte“.

Und das Ergebnis? — Es ist eben genau dasselbe wie damals, als man im alten deutschen Reiche klagte: „Spirae lites spirant, nunquam expirant, Litigantes diu sperant nunquam aspirant.“

Und anders konnte es damals, kann es heute nicht sein!

Stein hat gewiß Recht, wenn er, freilich etwas stark auftragend, schreibt (S. 88): „In der Zeit des absolutistischen Staates hat der schriftliche gemeinrechtliche Zivilprozeß ein solches Kapitel von Volksvertrauen verwirtschaftet, daß Jahrhunderte nicht genügen, diese Einbuße wieder ganz wettzumachen.“

Aber auch ich glaube im Rechte zu sein, wenn ich weder die einstmalige Schriftlichkeit, noch die heutige Mündlichkeit unseres Rechtsganges verantwortlich mache für den Niedergang unserer Rechtspflege — damals, wie jetzt! Der Gegensatz ist ein anderer: **unser alter Reichszivilprozeß**, der gemeinrechtliche, war und blieb allezeit für uns **fremdes, romanisches Recht**. Und unser neues Reichsrecht, die Zivilprozeßordnung hat uns — trotz des nationalen Aufschwunges zu Anfang des 19. Jahrhunderts — aufs neue **dem fremden romanischen Rechte** unterworfen. Weder jenes alte, noch das heutige **neue romanische Prozeß-**

recht hat bei uns Wurzel zu schlagen vermocht, unser Volk hat das verhindert, eben weil es des fremden Rechtes müde war und ist. Was wir aber heute suchen und — zum Teil unbewußt — anstreben, darauf haben wir als ein großes selbständiges Volk auch gerechten Anspruch:

Uns fehlt ein gesunder, verständlicher, den nationalen Anschauungen entsprechender Rechtsgang, wir wollen endlich wieder unter eigenem Recht und Gericht leben und streiten, wir suchen nach unserem deutschen Recht!

Die Erhöhung unseres Richtertums.

Die überragende persönliche Stellung der hohen englischen Richter ist bekannt. Die Richtereide enthalten schon seit dem Mittelalter die Versicherung Recht zu sprechen ohne Ansehen der Person, und niemandem Recht zu weigern, „auch wenn der König oder ein anderer durch Briefe oder ausdrückliche Worte das Gegenteil befehle. Bei dem Eide des Chief Justice ist noch hinzugefügt: „im Falle Reskripte an ihn kommen, entgegen dem Gesetz, ist dies dem König anzuzeigen, und fortzufahren Recht zu tun trotz besagter Reskripte", in gleichem Sinn verordnet ein Gesetz: „daß weder der König noch der Geheimrat eine Gerichtsbarkeit durch Reskripte, Orders und dergl. ausüben dürfe außer dem ordentlichen Lauf des Rechts in den ordentlichen Gerichtshöfen." Gegenüber einer reichen Aristokratie und einer hochbesoldeten Ministerverwaltung bedurfte es hoher Gehalte, die im Durchschnitt auf der Höhe der Ministergehalte blieben. Selbst die beisitzenden Richter der Kings Bench erhalten ein gesetzlich fixiertes Gehalt von 5000 £. — Die Ernennung der Richter erfolgt aus hervorragenden Mitgliedern der Advokatur, gewöhnlich in einem Alter von 50—55 Jahren. Zu den persönlichen Ehren des Oberrichteramts gehört die jetzt selbstverständliche Erteilung der Ritterwürde. Zu den wichtigsten Momenten für die Integrität dieses Richterpersonals gehört jedenfalls die Stellung der Advokatur, welche, streng korporativ organisiert, die ausschließliche

Vorstufe zum Richteramte bilden. Die Richter selbst verlieren nie das Bewußtsein der Angehörigkeit zu einer Genossenschaft, in der sie von den Studienjahren an bis zum Lordkanzleramt bleiben. Gneist bezeichnet als „Resultat einer solchen Gestaltung einen hohen Grad von Ehrenhaftigkeit im Handeln, ein zartes Ehrgefühl, Freimut und Unabhängigkeit der Gesinnung." Doch fügt Gneist selbst hinzu: „die abgeschlossene Genossenschaft wirkt im Ganzen nicht günstig für die geistige Entwickelung. Sie erzeugt tüchtige Individuen, schafft aber nicht eine Klasse von durchgebildeten Juristen." [48])

Zur Kennzeichnung der hohen Stellung, die bereits im Mittelalter den Richtern auch in Frankreich zukam, mag nur folgendes hervorgehoben werden:

Das Parlament, früher Spitze des lehnsrechtlich königlichen Beamtentums, löst sich seit dem 13. Jahrhundert vom Conseil du Roy usw. ab und ist nunmehr nichts anderes als der höchste Gerichtshof des Reiches. Alle Ordonanzen, deren Beobachtung die Könige vom obersten Gerichte forderten, wurden diesem Gerichte förmlich mitgeteilt und von demselben eingetragen. Der Akt hieß das Enregistrement und es entstand die Vorstellung, daß die königliche Ordonanz erst nach der Registrierung seitens des Parlaments Gültigkeit für die Gerichte habe. Das Parlament hat aber danach gelegentlich sich geweigert eine Ordonanz zu registrieren, dann wurde von keinem Gerichte nach einer solchen Ordonanz geurteilt! — Richtern, die — einerlei ob mit Recht oder Unrecht — solche Kontrolle über den König übten, konnte das höchste Ansehen selbstverständlich nicht versagt werden. [49])

So hohe Ahnen hat unser deutsches Richtertum niemals aufzuweisen gehabt. Vielmehr ist Adickes im Rechte, wenn

er darauf hinweist (I, S. 12), daß dem deutschen Richter bisher keine günstigen Sterne geleuchtet haben!

Dem kurzen Hinweise auf die unantastbare Würde französischer und englischer Richter schon im Mittelalter stelle ich zwei Vorschriften des bairischen Gesetzes über den summarischen Prozeß v. J. 1616 gegenüber, sie finden sich daselbst Titel IV und lauten:

Art. 8: „wo die Verhörn zu halten": Die Verhörn und abhandlung der Gerichtshändel sollen an orten, wo keine sonderbare Gerichtshäuser oder Gerichtsschrannen in den Pfleghäusern, in den Hofmarchen in den Schlössern und der Hofmarchsherrn: oder wo daselbst nit gelegenheit, in der Richter oder Gerichtschreiber Wohnungen gehalten werden. Es were denn an einem oder andern ort die Ungelegenheit so groß, daß man die Verhörn an solchen orten nit halten kunde, Alsdann mögen sie wol in einem Wirthshauß, doch in einer sonderbarn Stuben, darinnen man under wehrender Verhör kein Zehrung zulasse, fürgenommen werden".

Art. 10: „Es soll kein Richter noch Gerichts Procurator, so lange sie solche Dienste versehen, Wirthschafft treiben, noch Zechleute setzen Seytemaln hierauß vil ungelegenheiten entstehen: die Parteyen hierdurch wider ihren willen beschwert, und in vergeblichen Unkosten gebracht werden möchten."

Zwar sind mit diesen Richtern keineswegs höhere Richter gemeint; aber uns heute beschleicht doch eine gewisse Beschämung, wenn wir uns klar machen, in welch wunderlicher Umgebung zu Zeiten des heiligen römischen Reiches deutscher Nation Dame Justitia gelegentlich bei uns hat Hof halten müssen! Dabei will ich nicht einmal die „Thune hamborger Beer" schelten, die nach den Statuten des Weichbildes Otterndorf (1541) von dem „we de Sake gewinth" gespendet werden

mußte. Auch die Gerichtsverwandten, die unentschuldigt ausgeblieben waren, mußten diese empfindliche „Pehn“ zahlen, auf deren Verhängung die Gerichte vermutlich mit Sorgfalt geachtet haben; dieselbe findet sich auch in der Verordnung von Hadelerschen Land-Gerichts und Rechtens (1583), woselbst sie bei erstem und zweitem Ausbleiben des ungehorsamen Beklagten gute Dienste geleistet haben mag. Es handelt sich offenbar um altheilige Erinnerungen an den potni humor ex hordeo aut frumento, dem zu Zeiten des Tacitus die schwierige Aufgabe zufiel, urgermanischen Durst zu löschen! — —

Inzwischen ist es freilich anders geworden mit unseren Richtern und zwar hat nach meiner Überzeugung unser Richtertum seinen Aufschwung zu verdanken der so oft, und zumeist mit Unrecht angefeindeten friderizianischen Prozeßgesetzgebung. In bin längst der Meinung, daß gerade diese Gesetzgebung den unerschütterlichen Grund gelegt hat für die Durchbildung, für die Leistungsfähigkeit und für die Zuverlässigkeit des gesamten deutschen Richterstandes, der sich am Muster des preußischen Richters gefestigt und — wer könnte es leugnen? — zugleich selbst erhöht hat. Der deutsche Richter in seiner Pflichttreue, Tüchtigkeit und zugleich in seiner Bescheidenheit ist das teuerste Erbe, das uns Carl Gottlieb Svarez in seinen prozeßrechtlichen Werken: dem Corpus Juris Fridericianum und danach der Allgemeinen Gerichtsordnung für die preußischen Staaten hinterlassen hat. — Im Grunde ist das alles selbstverständlich, denn nie vorher waren in Deutschland dem Richtertum so große und so gehäufte Aufgaben gestellt worden, wie in der Gesetzgebung des großen Friedrichs: war doch damit Erfolg oder Mißerfolg der Zivilrechtspflege schlechthin und ausschließlich in die Hände der an erster Stelle verantwortlichen richterlichen Beamten gelegt. Nicht nur die

Pflicht zu gewissenhafter Entscheidung des Rechtsstreits lastete auf ihm! Diese Pflicht hatte ja auch der gemeinrechtliche Richter zu erfüllen, während dem preußischen Beamten-Richter zugleich oblag, fürsorglich das Verhalten der Parteien während des ganzen Rechtsganges zu überwachen und erforderlichenfalls selbständig zu Gunsten der Prozeßparteien vorzugehen und einzugreifen. — Es handelte sich um eine Verbindung von Anwaltstätigkeit und Richtertum im selben Personal. — Den Zeitgenossen, den Vertretern des fremdrechtlichen Prozesses erschien ein solcher Gedanke schlechthin verkehrt, undurchführbar, — das preußische Beamtenrichtertum hat, gewiß nicht ohne Kenntnis unserer Rechtsvergangenheit! — die ihm gestellte zwiespältige Aufgabe gewissenhaft angegriffen und sie danach doch in Pflichttreue zu lösen vermocht.

Mir ist es noch immer, wenn ich jener Zeit gedenke, verwunderlich, daß solch hervorragende Beamtenarbeit so bald ohne Dank hat vergessen werden können. Die Schuld wälze ich überzeugt der damaligen gemeinrechtlichen Lehre in ihren Vertretern zu. Sie sind es gewesen, die das neue Prozeßgebilde verketzerten, eben weil es neue Gedanken zu Tage förderte, die der Schule nicht genehm sein konnten. Sie haben danach, als die Wendung eingetreten war, nur des Sieges sich gefreut und folgerecht für das, was in Preußen geleistet worden war, ein Wort der Anerkennung nicht gefunden.

Aber wenn auch die Menschen nicht immer aufrichtige Anerkennung und Dankbarkeit üben, — zuweilen holen auch spätere Zeiten, und dann vollbewußt, das nach, was in vorausgegangenen Tagen einst aus Gleichgültigkeit oder mangelndem Verständnis versäumt wurde! Ich zweifele nicht, habe vielmehr auf den vorausgehenden Seiten wiederholt angedeutet, daß eine durchgreifende deutsche Justizreform, — wenn sie erst

wirklich in Angriff genommen ist!! — reichlich und mit dankbarer Anerkennung die Gedanken verwerten werde, die vor einem Jahrhundert in der preußischen Reformgesetzgebung niedergelegt wurden! Wahrlich nicht in alle Ewigkeit wird sich das heutige liebevolle Verständnis für die „Verhandlungsmaxime" und ihre Vorzüge bei uns erhalten!

Doch ich habe an dieser Stelle im Grunde nicht Unterlassungssünden aufzuzählen, deren wir uns in früheren Zeiten unseren Richtern gegenüber schuldig gemacht haben. Heute steht, wenn die Adickessche Reformbewegung gestützt werden soll, vielmehr das Problem in Frage: „wie vermögen wir unseren Richterstand, dessen Mitgliederzahl zweifellos sich herabsetzen ließe, gebührend zu erhöhen? Auf welchem Wege können wir ihm diejenige hervorragende Stellung in Staat und Gesellschaft bei uns schaffen, deren er bedarf, wenn er, in der ganzen Würde seines hohen Berufes unter uns und über uns walten soll: neidlos anerkannt von jedermann als fundamentum imperii?

Geld allein tuts sicher nicht, wiewohl selbstverständlich unser erhöhter Richterstand finanziell so zu dotieren sein würde, daß er ohne Sorgen auch Repräsentationspflichten auszuüben vermag, wie sie seiner beruflichen Stellung entsprechen. — Gneist berichtet aus englischen Verhältnissen: „Ein wichtiger Punkt liegt in der Maxime, daß unter den Richtern keine Beförderung zu einer höheren Stufe oder zu einem höheren Gehalt stattfindet. Beiläufig bemerkt, findet auch eine Erteilung von Orden nicht statt. Als Richtertradition gilt sogar der Grundsatz, nur einmal im Leben zu Hofe zu gehen um sich der Majestät vorzustellen und zu danken, und nachher nicht wieder." Ob solche Übung, in der die absolute richterliche Unabhängkeit anschaulich zur Geltung gebracht wird, auch bei uns sich empfehlen würde, bezw. überhaupt durchführbar wäre, vermag ich selbst nicht zu

beurteilen. Aber das angeführte ist selbstverständlich nur Nebensache. Denn, was wir brauchen, sind Männer, Persönlichkeiten ersten Ranges, gehoben durch reiche Bildung, umfassende Kenntnisse, erfüllt von der Verantwortlichkeit ihres hohen Amtes und geschmückt durch das Wohlwollen und die Menschenfreundlichkeit, wie unser Volk solche Eigenschaften stets von seinen Richtern erwartet hat!

Haben wir solche Männer in genügender Zahl? Zu vielen Tausenden gewiß nicht! Aber für die nach der geplanten Reduktion übrig bleibenden Prozeßrichterstellen werden wir sicher die geeigneten Männer finden, wenn bei der Auswahl nur der Grundsatz durchgeführt wird, daß unsere besten Männer gerade nur gut genug sind, um über uns Richter zu sein. Und haben wir erst einmal uns das erforderliche Personal in solchen Männern beschafft, dann werden wir es auch künftighin uns zu erhalten und zu ergänzen verstehen.

Daß die Einschränkung der Zahl der Prozeßrichterposten an sich schon eine sehr bedeutsame Erhöhung unseres Richtertums im engeren Sinne bedeutet, liegt auf der Hand: je geringer die Zahl der „Richter" ist, also derjenigen, die sich in die hohe Tätigkeit der Rechtsprechung teilen, desto mehr von der Würde, vom Ansehen dieses Berufes fällt dem einzelnen Mitgliede zu. — Hier möchte ich mir, zu Sicherung eigener Stellungnahme, eine Bemerkung erlauben. Adickes spricht wiederholt von einem „Beamtenrichtertum", dem er das Richtertum im engeren Sinne als den bedeutsameren Beruf entgegensetzt. — Verstehe ich recht, so soll damit nur gesagt sein: einmal, daß die „Richter", obzwar staatliche Beamte, nicht schlechthin den allgemeinen für das Staatsbeamtentum geltenden Vorschriften unterworfen sein sollen (Rang, Titel, sukzessive Gehaltserhöhung usw.) und andererseits, daß die Wahl der

Richter völlig frei zu erfolgen habe, ohne Rücksichtnahme auf Anciennität, auf die bisherige Berufsstellung. Demgemäß stände z. B. der Wahl eines ausgezeichneten Rechtsanwalts, vielleicht auch gelegentlich eines bewährten Akademikers, nichts im Wege! — Unser künftiger ordo judicum wäre danach gedacht als ein besonders gehobener Berufsstand, der — in sich erkennbar geschlossen, — dennoch jeder Zeit offen bliebe für Männer, die nach ihrer Persönlichkeit, nach ihren Kenntnissen, ihrer bewährten Tüchtigkeit sich für das Amt eignen. Die Ernennung der „Richter" hätte selbstverständlich nach wie vor unmittelbar durch den Suverän zu erfolgen! —

Besonders glücklich erscheint mir der Gedanke von Adickes: die eigentlich rechtsprechenden Gerichte, also die heutigen Land- und Oberlandesgerichte vollständig zu scheiden von den bisherigen Amtsrichtern, soweit ihre überwiegende Tätigkeit im Gebiete der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit, also als Vormundschafts-, Hypotheken- Registerrichter in Frage kommt. Solche Tätigkeit weist in der Hauptsache den Charakter von Beamtenarbeit auf (I, 129). Daß die „freiwillige Gerichtsbarkeit", zumal in ihrer heutigen sorgfältigen, gesunden Regelung, von allergrößter sozialer Bedeutung ist, wird niemand bestreiten. Es kann aber auch füglich zwischen den künftigen Prozeßrichtern und den Richtern im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein Rangwettstreit kaum entstehen, weil eben die „erhöhten" Prozeßrichter als solche, dem allgemeinen Beamtentum nicht eingereiht werden sollen. Und wenn ein solcher Streit doch erhoben worden sollte, so wäre er eben müßig: denn es würde sich handeln nicht um ein dieser oder jener Tätigkeit zuzusprechendes majus oder minus an Würde, sondern um ein aliud der Tätigkeit im einen und anderen Tätigkeitsgebiete. Auch auf dem Gebiete der „freiwilligen

Gerichtsbarkeit“ bedarf der moderne Staat, wenn er seinen sozialen Pflichten nachkommen soll, eindringender, umfassender Arbeit, die sich aber als eine von der „richterlichen Arbeit“ ganz gesonderte Tätigkeit darstellt, und deshalb mit Fug und Recht besonders geordnet werden könnte. Eine solche Sonderordnung wäre ohnehin auch sachlich wertvoll, weil eine erwünschte Spezialisierung herbeiführend: die Erfolge auf dem so wichtigen Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit würden dadurch nicht nur gesichert, sondern zweifellos auch gesteigert werden. —

Aber, von alledem abgesehen, kommt doch noch ein anderer schwerwiegender Gesichtspunkt in Betracht, wenn die hier behandelte allgemeine Frage der Erhöhung unseres Richtertums vollständig und befriedigend gelöst werden soll.

Stellung und Würde des Richtertums hängen nicht ab von äußerer Ehrung des Berufs, nicht von der Höhe des Richtergehalts. Auch das größere oder geringere Maß der den Richtern zur Bewältigung zugewiesenen Arbeit ist nicht entscheidend. Vielmehr gibt den Ausschlag zuletzt nur die Art der richterlichen Arbeit, wie sie nach der jeweiligen Prozeßordnung sich gestaltet. — Alles hängt davon ab, ob der Richter, der uns das Recht zu weisen hat, sich in seiner ganzen Persönlichkeit frei betätigen darf zur Erfüllung der ihm gestellten hohen Aufgabe!

Denn nur unter dieser Voraussetzung wird der Volksgenosse, der einen gerechten, ihn schützenden Rechtsspruch empfängt, dem Richter der da „sitzt an Gottes statt“ danken und vor dem Richter, der ohne Ansehen der Person pflichtgemäß strenges Recht austeilt, sich beugen. Also — „der Kadi“ ist es, den ich auf den Richterstuhl im deutschen Reiche zu befördern trachte! — so wird mir eine geschlossene Gruppe

unserer Zivilprozeßualisten mit freundlichem (?) Kopfnicken zurufen. —

Es ist doch ein eigen Ding um diesen gutmütigen „orientalischen Kadi“, der immer bereit ist, mißbraucht zu werden, wenn es sich darum handelt, unserem Richtertum einen Zuwachs an Selbständigkeit zu gewähren, mag derselbe auch noch so geringfügig sein.

Mir erscheint solches Schlagwort einmal wenig geschmackvoll, sodann inhaltlich völlig unzutreffend, endlich auch — recht abgebraucht! Selbst ein „Kadi“ hat Anspruch darauf einmal in Ruhe gelassen zu werden! — —

Der Gedanke, den ich hervorgehoben habe, ist einfach genug:

Je bedeutsamer für die Allgemeinheit das dem Berufe gesteckte Ziel,

Je freier zugleich nach dem Gesetze der Weg zur Erreichung des Zieles,

Desto höher Ansehen und Würde des Berufes;

Desto größer auch Freudigkeit und Leistungsfähigkeit des Arbeiters im Berufe. —

Das sind Gemeinplätze, die wir nicht unberücksichtigt lassen dürfen, wenn wir uns einen wahrhaft hochstehenden Richterstand schaffen wollen.

Wie erfüllt nun unsere heutige Prozeßgesetzgebung die beiden von mir soeben bezeichneten Bedingungen einer tatsächlichen Erhöhung unseres Richterstandes? Auf diese Frage kann die Antwort nur lauten: die Zivilprozeßordnung versucht nicht einmal die höchsten Ziele als erstrebbar aufzustellen, „Feststellung der Wahrheit ist nicht das Ziel des Zivilprozesses und kann es nicht sein“, so lehrt Wach.[50]) Freilich sagt Wach gelegentlich gerade das Gegenteil: „unsere Zivilrechtspflege ist

auf guten Grund gebaut: denn Wahrheit ist ihr Ziel." Doch der zweite Ausspruch hat offenbar nach Wach zurückzutreten vor dem als grundlegend hingestellten ersten Satze.[51]) Und weiter: der Weg zur Erreichung des bewußt niedriger gesteckten Zieles ist noch immer dem Richter gründlich genug verschränkt! „Wahrheit ist zwar erwünschtes, aber nicht verbürgtes Resultat des Zivilprozesses." Diesen Satz kann ich gewiß gelten lassen, denn menschliches Streben ist nicht immer erfolgreich, kann es vielmehr nur selten sein. Doch aber vermisse ich das ergänzende Bekenntnis, daß wir, sei es auch ohne Hoffnung auf durchgreifenden Erfolg, dem höchsten Ziele entgegenzustreben haben. Diese idealere Auffassung wird in Wachs Auseinandersetzung übergangen. Und das ist bedeutsam für die richtige Beurteilung der Stellungnahme unseres Gesetzes. Wir müssen uns also schon bescheiden, denn so ist unser Gesetz nicht gerichtet, daß man unter seiner Herrschaft versucht sein könnte, ein mehr an Erfolg zu erzielen, als in früheren Gesetzgebungen, bezw. schon vor Jahrhunderten erreicht worden ist. — Ist ja doch die Zivilprozeßordnung und ebenso das ihre Grundlage bildende Gerichtsverfassungsgesetz ein echtes, rechtes Kind des Romanismus, den wir nach meiner Auffassung bereits in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts überwunden hatten. Nichts von deutschem Idealismus steckt in dieser Nachbildung französischen Gerichtswesens. Dagegen trägt das Gesetz überall eine Zuversicht auf „Formdogmen"[52]) zur Schau, die dem tiefergehenden Urteile nicht standhalten kann, eine Zuversicht, die denn auch heute schon längst verflogen ist! — Was zurückbleibt, ist schlimm genug: je länger desto anschaulicher stellt sich uns die Zivilprozeßordnung dar als ein innerlich unwahres Gesetz, und ein solches Gesetz kann denen, die unter seinen Vorschriften zu arbeiten haben, nimmermehr diejenige Frische und Schaffens-

freudigkeit sichern, deren es bedarf, wenn das beste geleistet werden soll!

Unwahrheit hat uns vor allem gebracht die „große Mündlichkeit" die wir zuerst gehorsam und mit heiliger Scheu durchzuführen gestrebt haben. Heute redet man nicht mehr darüber, daß dieses formale Prinzip schlechthin versagt habe: in aller Stille wird flott vorwärts geschrieben, wie einstmals im alten Kammergerichtsprozesse: nach der Z. P. O. ist zwar den „vorbereitenden Schriftsätzen" jede Bedeutung für die Sachverhaltsgrundlegung versagt, aber es ist offenes Geheimnis, daß die Anwälte sicher nur gehen, wenn sie möglichst erschöpfende „vorbereitende" Schriftsätze liefern, — denn gerade diese Schriftsätze dienen in erster Reihe der Information des Richters, — nicht etwa die mündliche Verhandlung.

Und im Gefolge des Mündlichkeitsgedankens hofften wir sicher zu einer wertvollen Unmittelbarkeit der Verhandlung des Gerichts mit Parteien, Zeugen usw. zu gelangen. Statt dessen schließt der aus Frankreich von uns übernommene Anwaltzwang jede wahre Unmittelbarkeit zwischen Richter und Partei aus, und von Unmittelbarkeit bei Vernehmung von Zeugen hört man vollends nichts mehr, wozu hätten wir denn den „beauftragten Richter"? Zwar ist die Vernehmung durch beauftragten Richter vom Gesetze erheblich eingeschränkt, — das tut nichts, man interpretiert den § 375 Z. 2 bewußt zuwider dem Gesetze, man muß schließlich so handeln, weil anderenfalls die Prozesse nicht zu Ende gebracht werden könnten! Auf unser wunderliches, einzig und allein in unserem Gesetze zu findendes Versäumnisverfahren brauche ich wohl nicht einzugehen, stellt es sich doch dar als der Gipfel eines auf das Mündlichkeitsprinzip gestützten Formalismus, der eingebrachte Parteierklärungen zuerst gelten, dann wieder

verschwinden und zuletzt doch aufs neue wirksam werden läßt![53])

Daß der Grundsatz der Öffentlichkeit der Gerichtshegung in größerem Umfange mit Nutzen hätte durchgeführt werden sollen, habe ich bereits früher hervorgehoben.

Aber alles, was ich soeben bemängelt habe, tritt in den Hintergrund vor dem durchgreifenden Schaden, den die Zivilprozeßordnung im § 259 (a. F. § 286 n. F.) gebracht hat: der erste Absatz des Paragraphen proklamiert die freie, richterliche Beweiswürdigung; der zweite Absatz dagegen bindet in den durch das Gesetz bezeichneten Fällen die gerichtliche Entscheidung an gesetzliche Beweisregeln. — Damit war dem richterlichen Eide und ebenso dem Schiedseide der Weg zur Übernahme in unser Gesetz geebnet.

Die Fassung der in unserem Gesetze gebrachten Bestimmungen über den Eid stellt nach meinem Dafürhalten klar, daß unser Schiedseid als formelles, und deshalb zum Teil zurückgedrängtes Beweismittel zu gelten habe. Damit aber ist ausgesprochen, daß die Z.P.O. auf die Durchführung materieller Rechtsprechung, oder gar freier Beweiswürdigung, ein für allemal definitiv habe verzichten wollen.

Anders kennzeichnet sich der sog. richterliche Eid des Gesetzes, den als Mittel zur Erforschung materieller Wahrheit zu behandeln nichts im Wege steht. Jener — der Schiedseid — geht über Wahrheitsfeststellung und richterliche Überzeugung unbekümmert hinweg; während der sog. richterliche Eid ein geeignetes Mittel ist, um die Überzeugung des Richters bei Beurteilung des Tatsachenmaterials nach der einen oder anderen Richtung zu festigen.

Aber eines kann nicht genug betont werden, wenn man glaubt dem Schiedseide Raum geben zu müssen: schon die

Römer haben es erkannt und zur Zeit des spätrömischen Beamtenrichtertums reichlich zur Geltung gebracht: der Eid ist das „maximum remedium litium expediendarum“: die byzantinische Rechtsentwickelung ließ in allen Prozessen den Schiedseid, der nunmehr zum Tatsacheneide geworden war, zu. Damit war ein Zwiespalt in den römischen Prozeß hineingetragen: grundsätzlich galt noch die freie Beweiswürdigung, aber die Parteien waren trotzdem befugt, nach ihrem Belieben durch Eid eine formelle Tatsachenfeststellung zu erzwingen. Der innere Widerspruch eines solchen Rechtsganges ist grell genug, aber er findet sich genau ebenso wie vormals in Byzanz, so heute in unserer um fast anderthalb Jahrtausend jüngeren Zivilprozeßordnung; — man braucht nur die §§ 286 und 463 des heutigen Gesetzes nebeneinander zu stellen.

Aber auch die schwere Schädigung, die einem derart zwiespältigen Prozeßrechte nicht erspart werden kann, sie ist dieselbe für uns heute, wie vormals für die Zeit Justinians: das formelle Beweismittel, ein gehorsamer toter Mechanismus, hat nicht nur die Tendenz, sondern auch reichlich die Macht, jede neben ihn tretende materielle Wahrheitserforschung zu beseitigen. Solchen Erfolg bringt menschliche Schwäche rasch genug zu Wege. Ganz entscheidend ist, daß bei Verwertung des formellen Beweismittels niemand die Verantwortlichkeit trägt: die zuschiebende Partei bleibt ohne Schuld, wenn der Delat einen falschen Eid leistet. Der Anwalt ist gedeckt, wenn die Partei auf seine Frage hin versichert, sie könne ruhig den Eid leisten. Und der Richter selbst wird vollends überhaupt nicht berührt durch das vor ihm von den Parteien ausgeführte „Eidesspiel“. Er braucht in die Verhandlung von sich aus nicht mehr einzugreifen, das Urteil wird ihm fertig geliefert durch das „höchst feinsinnig erfundene Mittel der Eidesdelation“. Ist

dann der Schwur geleistet, so ist damit für alle Zeit ein vielleicht schwieriger Prozeß aus der Welt geschafft.

Es ist nur zu begreiflich, daß die Bequemlichkeit des „feinsinnig erfundenen Mittels," die mangelnde Verantwortlichkeit bei Anwendung desselben, überaus verlockend wirken muß auf die Zivilgerichte, zumal, wenn sie so sehr belastet sind, wie die unsrigen. Zwar kann nach unserem Rechte der Richter — sogar entgegen der Parteiverfügung über den Schiedseid — zum sogenannten „richterlichen Eide" greifen und damit den Schiedseid ausschließen. Aber sehr reichlich wird der Richter kaum dieses nobile officium geltend machen und damit die Verantwortung auf sich nehmen wollen. — Das Schlußergebnis ist deshalb dieses: — soweit komplizierte tatsächliche Verhältnisse im Prozesse in Frage stehen, wird immer das „feinsinnig erfundene Mittel", „will sagen das formelle Beweisrecht", den Vorrang behaupten. Dann aber ist der § 286 unseres heutigen Gesetzes, der so stolz die „freie Beweiswürdigung" proklamiert, nicht viel mehr, als eine glänzende Unwahrheit, und zwar die größte und verderblichste, die unsere — ohnehin reichlich unwahre — Zivilprozeßordnung uns bietet!

Es bleibt also bei den teuren byzantinischen Erinnerungen: der Justinianeische Schiedseid, das „maximum remedium litium expediendarum", wird pietätvoll und reichlich seinem nackt ausgesprochenen Zwecke gemäß verwertet, — die Praxis kann seiner nicht entraten! — Aber natürlich, als Aushängeschild leistet daneben unser § 286 mit seiner „freien Beweiswürdigung" immerhin noch gute Dienste.

Wie bedauerlich ist es doch, daß unsere Justizstatistik über die Zahl der alljährlich im Reiche durch Schiedseid erledigten Prozesse nichts zu berichten vermag. Wir würden

uns doch vielleicht wundern über die Aschenbrödelrolle, die auch heute noch unserer „freien Beweiswürdigung" zugewiesen ist. —

Gewiß, es ist kaum möglich, unter einem verfehlten, innerlich unwahren Prozeßgesetze ein hochstehendes Richtertum heranzubilden und dauernd zu erhalten. Aber umgekehrt müssen wir uns darüber klar sein, daß auch das beste Gesetz allein noch nicht ausreicht, um uns solche Richter zu schaffen, wie sie Adickes vorschweben und wie wir alle sie herbeisehnen sollen.

Vor Jahren bereits habe ich mich zu der soeben behandelten Frage ausgesprochen, und der Schluß, der sich mir damals ergab und an dem ich heute noch überzeugt festhalte, ist dieser:

„Wir brauchen ein innerlich vornehmes Richtertum, dem jeder Gerichtseingesessene sich willig unterwirft, das als schönste Prärogative des Hochstehenden, für sich Recht und Pflicht in Anspruch nimmt, Gerechtigkeit auch dadurch zu üben, daß es ausgleichend eintritt, selbst eintritt zugunsten der schwächeren, unbeholfeneren Partei. Und deshalb brauchen wir ein in allen Stellen ein sozial hochstehendes Richtertum.

Das kann uns — die Worte sagen es schon — der Staat allein nicht schaffen. Hier muß die Gesellschaft mit eintreten und in richtiger Selbstbewertung zum Gemeingute machen den doch so selbstverständlichen Gedanken, daß bei uns im Rechtsstaate auch der beste Mann eben nur gerade gut genug ist, um als Richter zu sitzen über uns anderen. Soziale Sitte und bewußte Haltung des Standes selbst können auch allein unseren Richtern jene wahre Unabhängigkeit gewähren, die anschaulich für jedermann, jedermann gegenüber sich die rechte Autorität erzwingt."

„Soll ich zusammenfassen, so möchte ich sagen: es handelt sich um sittlich rechtliche Gedanken, die in den Vordergrund treten müssen, damit auch der Schein der Berechtigung denen genommen werde, die zuweilen noch heute den bürgerlichen Prozeß betrachten als eine Maschine mit dem obersten Zweck, richterliche Fehlgriffe und namentlich richterliche „Übergriffe" möglichst zu erschweren; — es handelt sich am letzten Ende darum, unsere Rechtspflege tüchtig zu machen auch für die Erfüllung ihrer höchsten Aufgabe, — die aber ist: läuternden, erziehenden Einfluß zu üben auf Sittlichkeit und Rechtsbewußtsein unseres Volkes in allen seinen Schichten."[54])

Geschichtliches über die Prozeßeide.

Bei der zentralen Bedeutung der Eidesfrage für die Gestaltung des Beweissystems in einem bestimmten bürgerlichen Rechtsgange, erscheint mir ein, wenn auch nur flüchtiger Rückblick in die Vergangenheit unentbehrlich zu richtiger Beurteilung.

Der attische Prozeß kannte den Eid, der, wenn andere Beweise nicht vorhanden waren oder nicht genügten, angeboten oder gefordert wurde. Der zugeschobene Eid konnte angenommen werden, aber man konnte auch den, der sich zum Eide erbot, schwören lassen. Es war also Zuschiebung wie Rückschiebung des Eides zulässig, ohne, daß Rückschiebungszwang bestanden hätte. — Von einem durch die Behörde auferlegten Eide findet sich keine Spur.[55])

Das römische Eideswesen entnimmt (wenn man von der legis actio per sacramentum absieht) seinen Ursprung dem außergerichtlichen Vergleichsverfahren. In Rom war offenbar viel in Übung, zur Vermeidung eines förmlichen, zeitraubenden Rechtsganges, zivilrechtliche Differenzen außergerichtlich zu erledigen und zwar durch vereinbarten Eid, eine species transactionis. Freier Entschluß der Streitenden bestimmte über die Schwurpartei, wie über den Eidesinhalt. Wurde danach das Zustandekommen des Vergleichs, also die stattgehabte Eidesleistung bestritten, so gab der Prätor eine actio oder exceptio juris jurandi. —

Das voluntarium brauchte aber nicht notwendig außergerichtlich vereinbart und geschworen zu werden. Die vorbereitende Verhandlung in jure gab gewiß oft Anlaß zu einem Eidesantrage. Einigten sich dann die Parteien und wurde der Eid in continenti ausgeschworen, so war das zwar auch noch ein voluntarium, allein solchenfalls blieb für eine actio oder exceptio kein Raum übrig; denn das an jurantum sit, war ja schon durch die Verhandlung in jure bejaht. Der Prätor konnte also sofort, wie später beim necessarium, die actio denegieren, oder den Zwang zum solvere in Aussicht stellen.[56])

Ein weiteres Übergangsstadium zum necessarium könnte liegen in der Ausbildung zuerst eines zwingenden Relationsrechtes des Delaten. Der Delat hätte danach schlechthin ein Rekusationsrecht, aber auch die Befugnis zur Rückschiebung gehabt, dies aber mit der Wirkung, daß der Deferent schwören mußte, wenn er nicht sachfällig werden wollte. Dieser Zwang ließ sich begründen, weil regelmäßig es wohl gegen die bona fides gewesen wäre, wenn der auf den Eid des Gegners provozierende Deferent seinerseits im Rückschiebungsfalle die Eidesleistung hätte verweigern wollen.[57])

Nicht der gleiche Grund sprach für Ausstattung auch der primären Eideszuschiebung mit Zwangswirkung auf den Delaten. Der (übrigens interpolierte) paulinische Satz: manifestae turpitudinis et confessionis est nolle nec jurare nec jusjurandum referre hat für uns keine Überzeugungskraft, wenn darauf für alle Prozesse schlechthin ein Parteirecht auf Eideszuschiebung mit Zwangswirkung für den Gegner gestützt werden soll. Demelius hat nun aber nachgewiesen, daß ein solcher allgemeiner Eideszwang dem klassischen römischen Rechte durchaus fremd gewesen sei.[58])

Die prätorische Zusage, solvere aut jurare cogam, stand

im Ediktsabschnitt si certum petetur; sie galt nur für die actio certae pecuniae creditae, die condictio triticaria und die ihr nachgebildete actio operarum. Es handelte sich um Fälle mit ganz bestimmter Formel, um Schuldverhältnisse des strengen Rechts, in denen sicher zu erwarten stand, daß der Delat ohne Gewissensbeschwerung mit „ja“ oder „nein“ den gegnerischen Anspruch beantworten könne; auch war dem Erben des ursprünglichen Schuldners, wie auch dem Bürgen ein Rekusationsrecht wegen justa causa ignorantiae gewahrt. —

Mit dieser Einschränkung und nur in fest bestimmten Fällen (insbesondere in Leihesachen), bei denen beschleunigte Streiterledigung im Verkehrsinteresse lag, — war nun der Kläger, und nur er, berechtigt, statt des ordentlichen Verfahrens ein, wenn auch gewagtes, so doch rascher zum Ziele führendes Ausnahmeverfahren zu wählen. Der Eid war Rechtseid: se dare non oportere; dari sibi oportere; er war jus jurandum necessarium, denn der Delat mußte schwören oder zurückschieben; der geleistete Schwur führte zur denegatio actionis oder ließ die Streitsache vollstreckungsreif werden. Litiscontestatio, judicium, sententia kamen überhaupt nicht in Frage der Eid war Urteilssurrogat.

Sieht man von den nicht hierher gehörigen besonderen, nicht rückschiebbaren Tatsacheneiden (bei der actio rerum amotarum usw.) ab, so war im klassischen römischen Rechte ein ernstlicher Widerspruch zwischen Eideszuschiebung und freier Beweiswürdigung gar nicht vorhanden: Die Regel bildete das judicium mit materiellem Beweisrechte; daneben, als Ausnahme eng begrenzt, stand das formelle Eidesverfahren, nur in jure zulässig, ohne Urteil.

Jene Ausnahme konnte um so weniger auf das Gebiet

der Regel hinübergreifen, als ja Verhandlungen vor zwei ganz verschiedenen Gerichtsstellen in Betracht kamen.

So im klassischen römischen Rechte!

Erst in der sinkenden Zeit nach Diocletian, als die Scheidung in jus und judicium nicht mehr bestand, übernahm die Praxis des Beamtenrichtertums das maximum remedium litium expediendarum: den Schiedseid. Und nun erfuhr das jus jurandum necessarium wesentliche Umgestaltung. Der Schiedseid war fortan in allen Prozessen zugelassen, er wurde, wenn auch nicht ausschließlich, so doch regelmäßig über Tatsachen geleistet. Dem entsprechend stand auch dem Beklagten das Delationsrecht zu.

Diesen Zustand der Gerichtspraxis hat dann Justinians Kodifikation sanktioniert: durch zahlreiche Interpolationen suchte man die Erinnerung an das alte Sonderrecht des prätorischen Eidesverfahrens zu verwischen.

Damit war nun in den ordentlichen römischen Prozeß ein zerrüttender Zwiespalt hineingetragen: die Parteien waren in dem grundsätzlich auf freier Beweiswürdigung ruhenden Verfahren schlechthin befugt, nach ihrem Belieben im Eideswege eine rein formelle Tatsachenfeststellung zu erzwingen. — Es handelt sich hier um eine spätrömische, byzantinische Rechtsentwickelung — oder richtiger Rechtsverbildung! — in der das necessarium klassischen Rechts, entstanden aus römischnationaler Übung und zusammenhängend mit römischnationalen Prozeßeinrichtungen — füglich nicht mehr wiederzuerkennen ist. —

Wenn noch heutzutage der Prozeß des neuen deutschen Reiches jene Schöpfung byzantinischen Rechtes in großem Umfange verwertet, so trägt die Schuld daran sicher *nicht der kanonische Prozeß*, der doch zunächst im alten Reiche übernommen wurde. *Hinschius*[59]) hat als erster nachgewiesen, daß

das kanonische Recht dem zugeschobenen Eide entschieden abgeneigt war, denselben im Grunde ganz eliminiert hat. Die italienischen Juristen brachten dieses Ergebnis derart zu Wege, daß sie, anknüpfend an eine Koderstelle,[60]) dem zugeschobenen Eide Zwangswirkung nur gaben im Falle richterlicher Approbation, ohne daß der Richter bei Versagung solcher Approbation irgend beschränkt gewesen wäre. Dazu folgerte man ferner aus dem Satze actore non probante reus absolvitur, daß der Delat den Eid rekusieren dürfe, so lange nicht der Deferent einigen Beweis oder doch eine Vermutung für sich habe.[61]) — Es ist klar, daß nach dieser Lehre der Schiedseid mit dem richterlichen Eide zusammenfließen, in ihn aufgehen mußte. — Das aber entsprach der Tendenz des kanonischen Rechtes umsomehr, als ja das eidliche Positionenverfahren füglich für den Schiedseid keinen Raum übrig ließ.[62])

So erklärt es sich, daß wir bis ins 17. Jahrhundert hinein in einem großen Teile Deutschlands der späteren gemeinrechtlichen Eideszuschiebung überhaupt nicht begegnen: die Reichskammergerichtsordnungen, die sorgfältige württembergische Gesetzgebung erwähnen sie nicht, Baiern übernimmt das Eideszuschiebungsrecht erst mit der Gesetzgebung v. J. 1616. —

Es ist ein merkwürdiges Beispiel der verschlungenen Wege unserer deutschen Rechtsentwickelung, daß gerade das so zäh am nationalen Rechte hängende sächsische Land, als Ergebnis des Kampfes zwischen dem alten formellen Eidesrechte und der modernen materiellen Beweislehre, uns brachte: die Wiederbelebung des jus jurandum a parte parti delatum.

Die selbständige nationale Bewegung, die hierzu führte, setzt ein gegenüber dem sächsischen „Unschuldseide". Nach sächsischen Landrecht mußte das Bestehen jeder dem Gerichte

nicht bekannten Verpflichtung — der eigenen gewissenhaften Beurteilung des Schuldners überlassen bleiben.[63]) Dem Urteil von Zeugen brauchte er sich nicht zu unterwerfen: durch seinen die Schuld verneinenden Eid wurde er schlechthin befreit. Der ausgedehntere lebhafte Geschäftsverkehr war infolge solcher Rechtsauffassung offenbar gefährdet, denn danach waren eben nur die gerichtlich abgeschlossenen Verträge als bindende Verpflichtung erzeugend anerkannt. Das Stadtrecht[64]) suchte sich solcher hemmenden Fessel zu entledigen und führte schon früh das Ansprechen mit Zeugen ein. „Wenn nämlich der Kläger von vornherein sich erbietet, seine Behauptung der Schuld der Beurteilung ehrenfester und glaubwürdiger Privatpersonen zu unterwerfen, und durch deren Versicherung zu verstärken, so soll nun auch der Beklagte zum Beweise der Unschuld nur dann gelangen, wenn er in gleicher Weise seine Behauptung vor zugezogenen Privaten zu rechtfertigen und seinen Eid durch deren Versicherung zu verstärken imstande ist. Hat er nur seinen ununterstützten, einfachen Unschuldseid anzubieten, so wird ihm der Kläger mit seinem durch Zeugen verstärkten Behauptungseide vorgezogen." (Pl. G. B. S. 840.) Bei einfachem Leugnen des Beklagten ist der Kläger verpflichtet, den angebotenen Zeugenbeweis durchzuführen, er kann nicht mehr, wie bei der schlichten Klage verlangen, daß Beklagter „schwöre oder bekenne". Vielmehr kommt jetzt der Beklagte in die Lage, den Beweis des Klägers erwarten zu dürfen. — Leugnet dagegen der Beklagte seinerseits mit gleichem Zeugenangebot, so kommt er zum Beweise. — Johann von Buch bekämpft noch im Richtsteig diese Übung, die aber später doch auch auf landrechtlichem Gebiete durchdrang.[65]) Ursprünglich schwor der Kläger zugleich mit den Zeugen, späterhin fiel der Eid des Klägers fort.

Treibend war offenbar das Streben nach materiellem Beweisrechte, und merkwürdig ist, daß in Deutschland materielles Beweisrecht zuerst gerade an demselben Punkte eindrang, an dem der römische Prozeß als Ausnahme das formelle Schiedseidverfahren entwickelt hatte: wurde doch die deutsche Klage mit Zeugenangebot und ebenso das römische jus jurandum necessarium insbesondere zur Anwendung gebracht in Prozessen um Rückerstattung einer Geldschuld!

Freilich behauptete sich der sächsische Unschuldseid nach wie vor für den Fall, daß der Kläger nur „schlicht“, ohne Zeugenangebot, klagen wollte oder konnte, die Klage also dem Beklagten zur Eideshand legte. Allein das „zur Eideshand legen“ wurde beim Überhandnehmen des „Ansprechens mit Zeugen“ immer seltener; so sehr, daß man nun einen besonderen Willensakt des Klägers darin erblickte. Und als nun gar der Satz „actore non probante reus absolvitur“ sich in Sachsen einbürgerte, da mußte das Greifen auf den Eid des Beklagten füglich als Beweisführungshandlung sich darstellen: Das Eidesrecht des Beklagten hatte sich verwandelt in eine Pflicht desselben, deren Erfüllung der Kläger erzwingen konnte.

Das befriedigte nicht, und als Widerspiel, sozusagen, der Klage mit Zeugenangebot entwickelte sich jetzt das Recht des Beklagten zur Gewissensvertretung, das seine volle Bedeutung übrigens nur hatte dem damals noch allein angewandten sächsischen Rechtseide gegenüber: der Beklagte wurde vom Zwange des Gegners entbunden, er durfte, trotz der vom Kläger durch Eideszuschiebung bereits in Angriff genommenen formellen Streiterledigung, das Verfahren doch wieder auf den Boden des materiellen Beweises zurückführen.

Das formelle Eidesbeweisrecht hatte damit also abermals eine Position verloren; es hätte in diesem Zusammenhange

vielleicht noch weiter zurückgedrängt werden können. — Allein die jetzt am fremden Rechte genährte sächsische Rechtswissenschaft verhinderte solchen Erfolg; sie griff auf die — wenn man von der Gewissensvertretung absah — kaum bestreitbare Ähnlichkeit des sächsischen Eidesverfahrens zu Anfang des 16. Jahrhunderts mit dem römischen Eidesrechte.

Der entscheidende Schritt bestand in der Übernahme des Rückschiebungsrechts aus dem römischen Prozesse. Man hat lange darüber gestritten! Schon früh hatte der in italienischer Schule gebildete Dr. Johann v. Breitenbach, Ordinarius in Leipzig 1484—1494, respondiert, daß der sächsische Eid auch referiert werden könne.[66]) Wahrscheinlich beeinflußt von Breitenbach, nahmen die Leipziger Schöffen diesen Satz an. Das gemeinschaftliche sächsische Oberhofgericht zu Altenburg und Leipzig dagegen, sowie die Schöffen von Magdeburg, ließen noch lange in das 16. Jahrhundert hinein keine Relation des Eides zu.[67]) Und erst fast 150 Jahre nach Breitenbachs Responsion konnte Benedict Carpzow in seiner Jurisprudendia forensis (1638) berichten, daß nunmehr der Streit erledigt, auch in foro saxonico die Eidesrückschiebung schlechthin zugelassen sei.[68]) Und wesentlich Carpzows weitreichender Einfluß verschaffte dem Schiedseide in den gemeinrechtlichen Gebieten Deutschlands wieder reichlichere Anwendung.

Jedoch nicht alsbald, auch nicht überall! Der andere berühmte deutsche Jurist des 17. Jahrhunderts, David Mevius, dessen Autorität in Norddeutschland längs der Ostsee diejenige Carpzows überragte, hielt fest an der kanonischen Lehre, daß nur nach Genehmigung seitens des Gerichts und wenn einiger Beweis oder doch eine Vermutung für den Deferenten spreche, die zwingende Eideszuschiebung zulässig sei. Diese Grundsätze fanden denn auch Anerkennung in der vor-

pommerschen Hofgerichtsordnung von 1573 und in der Gerichtsordnung für das Tribunal zu Wismar vom Jahre 1675.[69])

Die gemeinrechtliche Lehre, wie sie sich seit Anfang des 19. Jahrhunderts konsolidierte, hat darüber hinweggesehen, daß die konservative Auffassung von Mevius doch nur denselben Gedanken zur Geltung brachte, wie die in Carpzows Heimat entwickelte Lehre vom Rechte zur Gewissensvertretung: beiderseits wollte man eben das Parteirecht auf Eideszwang, auf formelle Tatsachenfeststellung, nach Möglichkeit einschränken, verschieden gestaltet war nur der Weg zum selben Ziele.

Mittlerweile hatte sich — übrigens in langsamer, nach den einzelnen Territorien verschiedener Entwickelung — die Umwandlung des deutschen Rechtseides zum Tatsacheneide vollzogen, und seitdem galt der Schiedseid schlechthin als Beweismittel.[70]) Die gemeinrechtlichen Prozessualisten durften auf Grund der Legaltheorie, die füglich nur noch formellen Beweis kannte, so konstruieren, während das kanonische Recht den Schiedseid stets als relevatio a probatione behandelt hatte.

Die Geschichte des richterlichen Eides weist nicht annähernd solche Wandlungen auf, wie die des Schiedseides!

Dem römischen Judicium war die richterliche Eidesauflage als Beweismittel bekannt. Daß der Eid vor dem judex stets nur als Tatsacheneid geleistet worden sei, wie Demelius annimmt, dürfte kaum nachzuweisen sein. Das italienische Recht hat diesen Eid jedenfalls als Tatsacheneid (zunächst Erfüllungseid) übernommen, im Anschluß an das Positionenverfahren gepflegt, und nach Deutschland übertragen; wenngleich er hier nach alter Übung anfänglich auch wohl als Anspruchseid be-

handelt sein mag. Dem richterlichen Eide kam man bei uns besonders bereitwillig entgegen, weil derselbe bequeme Anknüpfung an das alte Eidesrecht ermöglichte, das ja ausschließlich nur auf richterlichen Spruch hin geübt werden konnte. — Bei veränderter Grundlage gab aber die deutsche Partikulargesetzgebung jenem Eidesrechtsgedanken nunmehr eine andere Richtung: der besser, würdiger, glaubhafter erscheinenden Partei sollte das Gericht im Zweifel den entscheidenden Schwur zuweisen. —

Zwar schon das kanonische Recht hatte gefordert, daß „inspectis personarum et ipsius causae 'circumstantiis" die Schwurpartie ausgewählt werde.[71]) Die deutsche Partikulargesetzgebung ging aber doch sehr viel weiter.

Seit dem 16. Jahrhundert findet sich bei uns weit verbreitet, zur Anleitung des Richters eine ausführliche Formel, die — wenn man genau zusieht — füglich ganz dem souveränen richterlichen Ermessen überläßt, zu bestimmen, ob und welcher Partei der richterliche (Not) Eid auferlegt werden solle. Ich habe diese Formel gefunden im Württemberger Landrecht (1555), in Schleswig-Holstein (1573), in Kursachsen (1622) im Rigaschen Stadtrechte (1673). Den Ursprung habe ich mit Sicherheit nicht feststellen können. Vielleicht stammt diese Redaktion (eine ältere ist mir nicht bekannt) von Perneder (Gerichtsprozeß gdr. 1544). Bei Perneder lautet die erwähnte Formel, wie folgt:

„Ob vnd wie, auch wöllicher parthey ein sollicher ayde in recht auffzulegen sey staat alles in gerichtlicher ermessigung vñ beschaidenheit des Richters, der solle nemlich die sachen, mit allen vmbstanden, anhengen vnd vermuttungen mit besunderm fleiß erwegen: daneben auch eben acht haben, in was ansehen wesen vnd glauben jedlich parthey erkant, vnd zuvor

ab was behelff vnd vermuttung ain thail vor dem andern für sich habe, auff das er volgend den berürten ayde, auß mangel anderer volkummener beweisung, wie sich gebürt auflegen möge."

Wesentlich kürzer heißt es im Laienspiegel: „Wenn vnd welcher parthei aber solch eyd auffzulegen, ist einem erfarnen vnd gerechten richter not allsachen, vnd nämlich der partheien wesentlichheit, betrüge oder gevärden, auch die natur und eigenschafft der sachen, klagen vnd person eigentlich vnd mit fleiß zu ermessen." — —

Nun liegt es wohl auf der Hand, daß die Gewährung solch freier Stellung an den Richter bei Auflegung des Noteides besonders günstig auf die Rechtsprechung wirken mußte. Gegenüber der überspannten Legaltheorie wurde am entscheidenden Punkte breiter Raum für die freie Beweiswürdigung gegeben, zumal dann, wenn, wie z. B. in Hessen-Kassel nach der Gerichtsordnung von 1732 § 13 den Richtern vorgeschrieben war „jederzeit ex officio nach der wahren Beschaffenheit des Facti mit möglichsten Fleiß zu forschen". — Die Praxis jener Zeit hat es denn auch bald verstanden, die ihr erteilten Vollmachten energisch auszunutzen: entscheidend war nach dieser Richtung hin einmal die Erinnerung an die früher nur dem Richter zustehende Befugnis zur Eidesauflage, und andererseits die Abneigung gegen das gebundene Beweissystem des fremden Rechts. Ich halte für zweifellos, daß zu jener Zeit im partikularrechtlichen deutschen Prozesse der zugeschobene Eid erheblich zurücktreten mußte vor dem richterlichen Eide!

Ein Beispiel bietet das Stadtrecht von Braunschweig v. J. 1532.

Es heißt dort sub rubrica „Von Eiden": „Welck Borger ein den anderen beclaget vor gerichte vmme eynen Summen geldes efte sunst, vnde de beclagede bekende int gerichte, dat he

den summen geldes entfangen hebbe, he hebbe auerst dem Cleger sodanes wedder betalet, dath moth he bewisen vnd mach dat myt synem Eede nicht beholden — idt wer denne dat de Persone des beclageden so gahr loffwerdich, edder sunst gude bewegliche Orsaken vorhanden wehren, dardurch dat Gerichte bewogen werden konden, den eidt thotholaten, edder von Gerichts wegen dem anderen deile vpthollleggen, den so schall idt vp des gerichts erkantenus staen." — [72])

Auf den richterlichen Eid und auf dessen freigestaltete Handhabung hat sich alsbald die deutsche Gerichtspraxis gestützt, behufs Durchführung des mit Bewußtsein übernommenen materiellen Beweisrechts. Dieser, nur vom Richter aufzuerlegende Eid bildet den Mittelpunkt der nunmehr dem formellen Beweisrechte entgegentretenden Bewegung. Solche Wandlung erscheint folgerecht, wenn man die vorausgegangene Entwickelung unbefangen würdigt.

Die gemeinrechtliche Lehre hat hierüber oft genug hinweggesehen. Unsere partikulare Übung hat schon vor Jahrhunderten freie Beweiswürdignng geschätzt und durchzuführen verstanden.

Faßt man übersichtlich den Zug des prozessualen Eidesrechts znsammen, wie er sich in den hinter uns liegenden zwei Jahrtausenden gestaltet hat, so ergibt sich folgende Entwickelung.

In Rom — von Griechenland kann ich hier absehen — findet sich der Eid als freiwillige Vergleichshandlung, die den Rechtsgang entbehrlich macht.

Nach diesem Vorbilde übernimmt das Verfahren in jure zu klassischer Zeit den zugeschobenen und zurückgeschobenen Eid, aber nur für eine bestimmte Art von Rechtsstreitigkeiten; der Eid ersetzt dann das judicium und ebenso die sententia.

Beim Niedergange des Rechtswesens seit Diocletian bemächtigt sich das Byzantinertum des Schiedseides und ver-

wertet denselben als gemeinrechtliche Institution, als das maximum remedium litium expediendarum, es ist die Zeit des Verfalls der Rechtspflege: regelmäßig entscheidet das rein formale Beweismittel.

Die von uns rezipierte kanonische Prozeßlehre lehnt den formalen Schiedseid ab: nur bei richterlicher Genehmigung ist der Eid zulässig. —

Im deutschen, zumal im sächsischen Rechtsgange überwiegt der sächsische, rein formale Unschuldseid, der bei entwickeltem Verkehr lähmend wirkt. Ihm wird die Klage mit Zeugenangebot gegenübergestellt.

Diese modernere Rechtsbildung dringt durch; nur als Ausnahme findet sich das „Legen zur Eideshand", beim Mangel von Zeugen zu Gunsten des Klägers.

Dann wird von der sächsisch-gemeinrechtlichen Lehre in verkehrter geschichtlicher Auffassung die Zurückschiebung des Unschuldseides durchgesetzt. Damit ist dem byzantinischen Schiedseide schlechthin der Weg freigelegt. Die gemeinrechtliche Lehre bildet ihn aus als das vorherrschende Beweismittel. — Eine verbreitete partikularrechtliche Bewegung ist unterdessen bestrebt, den frei nach richterlichen Ermessen aufzulegenden Eid in den Vordergrund zu stellen. Dabei spielen zweifellos altnationale Erinnerungen eine Rolle.

Wunderlich genug sind die Wege, Irrwege und Schleichwege, die das prozessualische Eidesrecht benutzt hat, um sich zur Geltung zu bringen! Und trotz des Widerstandes der Eidesgegner, trotz reichlichen Kampfes wider solches Unwesen, —: der Zug des Eidesrechts durch die Jahrtausende ist dennoch ein Siegeszug gewesen und geblieben.

Wahrlich, der Teufel in Goethes „Faust“ hat an den Schiedseid gedacht, als er den Schüler belehrte:

„Es erben sich Gesetz' und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort; —
Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage!“

Auch unser heutiges, einst mit Jubel begrüßtes Prozeßgesetz hat den Schiedseid bewußt übernommen, die Praxis verwendet ihn ausgiebig und mag ihn nimmermehr entbehren.

Zunächst ist uneingeschränkt anzuerkennen, daß die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich bei Regelung der einschlägigen Fragen sich in den geschichtlichen Entwickelungsgang des deutschen Prozeßrechts gestellt hat. Bei Annahme des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung wird der Schiedseid zurückgedrängt, materiellen Beweismitteln gegenüber kommt er nur eventuell in Betracht; — mit letzterer Bestimmung ist der Gedanke der früheren „Gewissensvertretung“ verwertet. — Andererseits wird der richterliche Eid bevorzugt, er beseitigt schlechthin den etwa zugeschobenen, bezw. bereits angenommenen Eid; der Richter legt den im § 475, Z. P. O. gegebenen Eid frei der einen oder der anderen Partei auf, ohne Rücksicht auf die Beweislast, das knüpft an die ältere partikularrechtliche Behandlung des Noteides an. Theoretisch mag man auch darin einen Fortschritt erblicken, daß der richterliche Eid jetzt wahrer Beweiseid ist: der Richter „kann“ ihn auflegen, braucht das aber nicht zu tun, soll es also dann nicht tun, falls der Schwur für seine Überzeugung bedeutungslos wäre. — Allein, was das Gesetz mit der einen Hand gab, hat es mit der anderen Hand wieder genommen: die treibenden Gedanken sind nicht folgerecht durchgeführt, die Einzelbestimmungen sind teils zu formalistisch, teils nicht ausreichend.

Daß unser Schiedseid, den das Gesetz ausdrücklich als Beweismittel behandelt, im Sinne der freien Beweiswürdigung ein solches nicht ist, wird allgemein anerkannt.

Wohl den letzten Versuch, der Eides-Zuschiebung bezw. Rückschiebung materiellrechtliches Wesen beizumessen hat von Canstein gemacht. Derselbe definiert: „Unter Delation und Relation des Schiedseides versteht man jenen Dispositionsakt, dnrch welchen der Beweispflichtige (der Deferent) und bezw. dessen Gegner (der Referent) ein Dispositivgeständnis über die Wahrheit der gegnerischen Behauptung unter der Bedingung ablegt, daß der Gegner die Wahrheit seiner Behauptung eidlich erhärte."

Diese Begriffsbestimmung ist meines Erachtens nicht haltbar. Der entscheidende Punkt, das Zwangsrecht des Deferenten auf formelle Tatsachenfeststellung, dieses Zwangsrecht dem Delaten und dem Gerichte gegenüber, ist aus sich heraus nicht zu erklären.

Trutters Ausführungen halte ich für zwingend: „Eideszuschiebung und Zurückschiebung vollziehen sich als einseitige prozessuale Rechtsgeschäfte durch Abgabe je einer Willenserklärung. Bezüglich des Inhalts dieser Willenserklärungen ist zu sagen, daß die Z. P. O. als absolut notwendigen Inhalt jeder rechtsgeschäftlichen Eideserklärung vorschreibt, daß eine Tatsache zur formalen Feststellung gebracht werden solle."

Entscheidend ist allein das unzweideutige „sic volo, sic jubeo" des Gesetzes. Man kommt also auch nach unserem heutigen Prozeßgesetze nicht hinaus über die wohlfeile byzantinische Weisheit vom maximum remedium litium expediendarum!: eine vorzügliche Einrichtung zum Abschieben der Prozesse, wobei das „wie" freilich nicht beachtet wird. Doch

hierbei kann sich nur beruhigen, wer heute noch die Lehre von der „doppelten Wahrheit“, einer materiellen und einer formellen, verteidigen mag. Viel Zutrauen zu der angeblich allein feststellbaren, der formalen Wahrheit (schon das Wortgebilde ist in sich widerspruchsvoll!) — hat man bei uns überhaupt nicht gehabt. Unser modernes Recht kann den Gedanken des Strebens nach Erforschung der einen Wahrheit nicht lassen. Und schon das Streben nach solch ernstem, hohem Ziele adelt das Volk und die Einrichtungen, die — veralteten Irrtum abwerfend — freiere, fortschrittliche Auffassung durchzuführen suchen. Der alte Satz, „es ist dafür gesorgt, daß die Bäume nicht in den Himmel wachsen“, behält ja seine Wahrheit für alles, was wir zu unserem Fortschreiten tun.

Der Konflikt, der mit unserem heutigen, zwiespältigen Beweissystem gegeben ist, und der Lösung bedarf, ist dieser:

Mit dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung allein reichen wir nach der Stellungnahme unseres Gesetzes nicht aus. Für die richterliche Überzeugung ist im gegebenen Falle ein non liquet möglich, das eben nach heutiger Auffassung nicht wirksam ausgesprochen werden kann. Wenn so das materielle Beweisrecht versagt, — nur dann freilich — muß nach der Z. P. O. eine Formaleinrichtung den Ausschlag geben. Das Gesetz stellt, wenn das zuletzt entscheidende materielle Beweismittel, der richterliche Eid, nicht mit Erfolg verwertet werden kann, zwei Wege formeller Prozeßerledigung zur Verfügung: einmal den Schiedseid — wofern ein solcher zugeschoben wurde — und in zweiter Reihe Entscheidung nach der Regel actore non probante reus absolvitur. Ich meine, daß statt dessen die Funktion der Beseitigung des „non liquet“ schlechthin dem richterlichen Eide zu übertragen wäre.

De lege ferenda ließe sich das etwa dahin zusammenfassen: Der Schiedseid wird schlechthin beseitigt; reicht das Verhandlungsergebnis zur Begründung richterlicher Überzeugung nicht aus, so muß nunmehr das Gericht mit freiem Wahrheitserforschungsrechte gegenüber den Parteien und in gemeinsamer Arbeit mit ihnen nochmals nach einer befriedigenden Lösung suchen. Bleibt auch dann noch erheblicher Zweifel übrig, so muß der Richter der einen oder der anderen Partei — die Wahl steht ihm durchaus frei — den Eid auflegen. Die Eidesleistung entscheidet, soweit die streitige Tatsache in Betracht kommt, zu Gunsten, die Eidesverweigerung zu Ungunsten der Schwurpartei.

Ein solcher Vorschlag ist mit nichten revolutionär, schließt sich ungezwungen an das bestehende Recht, verleugnet nirgends die vorausgegangene geschichtliche Entwickelung, steht vielmehr im Zuge der heutigen Reformbestrebungen.

Zunächst darf man sich über eines nicht täuschen: der gesunde Kern der vielbesprochenen sogenannten „zeugeneidlichen Parteivernehmung" liegt einzig in dem Streben, gegenüber dem unbefriedigenden formellen Schiedseidsrechte die richterliche Tätigkeit zu stärken, behufs Förderung materieller Gerechtigkeit. Das Mittel, das allein zum Ziele führen kann, ist die seit der Rezeption von unserem Volke immer wieder erstrebte wahre Unmittelbarkeit des Verkehrs zwischen Gericht und Parteien. — Wenigstens ein Mal: vor der bedeutungsvollen Entscheidung über die Eidesauflage, — sollen Gericht und Parteien persönlich zu einander in Beziehung treten. Daß gerade hierin der Wert der zeugeneidlichen Parteivernehmung liege, haben englische Beobachter anerkannt; auch in den Verhandlungen des deutschen Juristentages ist hierauf energisch hingewiesen worden. Unsere Gerichte könnten ja auch nach unserem

heutigen Gesetze stets vor der Eidesauflage die Parteien befragen, obgleich eine Parteipflicht zum Erscheinen freilich nicht anerkannt ist. — Das geschieht aber tatsächlich nicht, deshalb ist gesetzliche Vorschrift erforderlich.

Das obligatorische Verhör vor der Eidesauflage würde zunächst auf die Parteien wirken als scharfer Antrieb zu offener Darlegung des Sachverhalts; die Scheu vor verdächtigenden Widersprüchen beim Verhör, die Besorgnis, der Gegner könne darauf hin zum Eide zugelassen werden, würden das Verfahren unter die Herrschaft der bona fides bringen. Auf Grund der Verhörsergebnisse würde in einer Mehrzahl von Fällen das Gericht ohne Eidesauflage urteilen können. Zahlreich würden ferner die Fälle sein, in denen unbedenklich der Eid auferlegt werden könnte.

Bis soweit wäre unser heutiges Verfahren überhaupt nicht grundsätzlich geändert, vielmehr nur im Sinne des Gesetzes selbst zweckmäßiger durchgeführt.

Die dann noch übrig bleibende Zahl von Streitsachen würde gering sein und immer geringer werden, je länger und je mehr die Parteibefragung in Übung wäre; es wären das *die* Fälle, in denen auch nach dem Verhör ein non liquet soweit übrig bliebe, daß selbst der Eid der einen oder anderen Partei die richterliche Überzeugung *nicht voll* bestimmen könnte. Muß trotzdem in solchen Fällen eine Eidesauflage stattfinden, so käme zum Schwur diejenige Partei, von der der Richter zu sagen vermag, er halte *ihre* Sache immerhin für die bessere, obgleich ihm selbst der Schwur sichere Überzeugung nicht zu schaffen vermöge.

Der richterliche Eid würde also Bedeutung haben, teils als Beweiseid, teils als Noteid, — so wird der richterliche Eid wohl auch praktisch bei uns gehandhabt; Jahrhunderte hindurch

haben wir ihn theoretisch und praktisch nicht anders gekannt. Und mir scheint, daß auf diesem Wege für die Beseitigung des non liquet das beste Mittel zu erlangen wäre.

Denn — anders als bei der heutigen Eideszuschiebung — steckt doch in der richterlichen Eidesauflage ein wertvolles Stück richterlicher Überzeugung, das ungezwungen die Brücke schlägt zum grundlegenden Prinzip der freien Beweiswürdigung hin.

Gewiß, der so frei hingestellte Richter könnte, trotz aller Sorgfalt und Berufstreue, bei der Auswahl der Schwurpartei fehlgreifen. Wir Menschen sind eben nicht unfehlbar. Die Freunde des Schiedseides könnten also vielleicht — zumal im Falle eines noch nicht ganz gehobenen Bedenkens des Richters — die Verwendung des „feinsinnig erdachten Mittels“ fordern.

Mir persönlich bliebe eine solche Forderung ganz und gar unverständlich. Erwäge man doch selbst den schwierigsten Fall: der Richter kann nur sagen, er halte die Sache des Klägers zwar für die bessere, sei aber doch nicht voll überzeugt. Hätte es selbst bei solcher Streitlage einen Sinn, die Entscheidung abhängig zu machen von einem Formalakt, bei dessen Verwendung anerkanntermaßen nur durch Zufall die Wahrheit festgestellt werden könnte? Steht nicht hoch über solch elendem Formalbehelf die — sei es auch nur relative — Überzeugung der Person des Richters? Müßte nicht gerade der Zwang zur Verwertung auch der nur relativen Überzeugung des Gerichts die sittliche Verantwortlichkeit des Richters steigern, und damit zugleich die Würde unserer gesammten Rechtspflege heben durch Zurückdrängung des routinemäßigen Formalismus?

Und endlich: ich lasse mir nicht abstreiten, daß die vollständige Beseitigung des byzantinischen Schiedseides unseren Prozeß verständlicher, volkstümlicher, nationaler ge-

stalten könnte. — Was gilt uns Byzanz mit seinem interpolationsfrohen Justinian?!

Unser Gerichtsverfahren würde nach langem Umherirren auf weitem Umwege, in beschränktem Maße und in geläuterter Form zu einem Gedanken zurückkehren, der es im frühen Mittelalter noch ganz beherrschte und der — richtig aufgefaßt — doch auch heute, wie in alle deutsche Zukunft Wert behalten müßte; — zu dem Gedanken:

> der an Gottes Statt sitzende Richter — nur er! — gibt am letzten Ende, wenn seine menschliche Erkenntnis nicht ausreicht, derjenigen Partei, deren Sache ihm als die relativ bessere erscheint, auf ihre Verantwortung ihr Recht in ihrem Eide.

Ich habe meine hier unmittelbar vorausgehenden Ausführungen in die vorliegende Form gebracht, um scharf hervortreten zu lassen, daß die schweren Mängel des von unserem heutigen Gesetze durchgeführten, widerspruchsvollen Beweissystems keineswegs unheilbar sind. Die Lösung des Problems scheint mir vollständig und zuverlässig gegeben, sobald wir unter Beseitigung des formellen Schiedseides, den frei zu handhabenden richterlichen Eid als letzte, und zwar materielle Beweisinstanz aufrichten.

„Hic Rhodus, hic salta!“

Die sogenannte zeugeneidliche Parteivernehmung ist nach meiner Auffassung nicht etwa ein besonderes, selbständiges, dem richterlichen Eide gegenüberstehendes Beweismittel. Es handelt sich dabei vielmehr nur um eigenartige Veranstaltungen und Einrichtungen, die eine sparsame und andererseits zuverlässige Verwendung des richterlichen Eides ermöglichen, bezw. sichern sollen. Die vorausgehende, tatsächlich „unmittelbare“

Verhandlung des Richters mit beiden anwesenden Parteien wird gewiß häufig eine förmliche Erhebung des Eidesbeweises erübrigen, weil der Richter schon nach Verhalten und Aussagen der Parteien seine Überzeugung gebildet und gefestigt hat — ein Ergebnis, das überall nur sehr erfreulich wäre.

Näher auf diese viel besprochene moderne Prozeßeinrichtung einzugehen ist hier nicht geboten, ich hebe nur hervor, daß die Wurzel derselben im italienischen Positionenverfahren zu suchen ist. Englische Gerichtsübung hat zuerst auf die Vernehmung der Parteien als Zeugen (die Bezeichnung ist nicht gerade glücklich gewählt!) gegriffen. Österreich übernahm die Einrichtung zunächst durch Gesetz vom 27. April 1873 für das Verfahren in geringfügigen Rechtssachen, und danach allgemein in der Zivilprozßordnung vom 1. August 1895, §§ 371—384. Die mehr als zehnjährigen praktischen Erfahrungen scheinen die Lebensfähigkeit und Gesundheit dieser fortschrittlichen Prozeßinstitution in gewiß nur erfreulichem Umfange darzutun.[73])

Der richtige Gedanke dieser Neuerung aber — ich muß es nochmals betonen — liegt nach dem Wesen der Sache: in der Ersetzung des formellen Schiedseides durch den materiellen richterlichen Eid!

Meine vorstehenden Erörterungen haben sich leider weit ausgesponnen. Zur Entschuldigung kann ich mich nur darauf berufen, daß ich eben gegen den zentralen Fehler unseres Prozeßgesetzes, gegen den zerrüttenden Widersinn unseres Beweissystems angekämpft habe. Ich bin nicht der erste gewesen und werde gewiß nicht der letzte sein, der an solchem Kampfe teilnimmt, aber auf baldigen günstigen Erfolg ist (ut sunt homines) nicht zu rechnen, noch auch nur zu hoffen!

Da muß ich denn schon zum Abschlusse mich trösten mit

Rabbi Ben Akiba: „Alles schon dagewesen“ und hinzufügen: was einmal dagewesen ist, kann sich auch wiederholen!

Traurig genug sind heute bei den Gerichten des neuen Deutschen Reiches „Eidesspiel“ und „Eidesnot“. — Aber gewiß nicht geringer, als bei uns war der Mißbrauch, den vor Jahrtausenden die Griechen mit dem Eide getrieben hatten.

Rudolf Hirzel hat uns unlängst über das griechische Eideswesen und dessen Niedergang ausführlich berichtet. Ich entlehne der feinsinnigen Arbeit einige Ausführungen, die auch für uns beherzigenswert genug sein dürften.

Auf Seite 112 ff. daselbst heißt es: „Und doch sind auch die Griechen im Laufe der Zeit und bei steigender Geringschätzung des Eides bis zu einer Verwerfung desselben gelangt. Nur hat sie dazu nicht eine demütigende Religion geführt, die dem Menschen die Fähigkeit zum Eide absprach und diesen der Gottheit vorbehielt, sondern eine Moral, die ihn stolz darüber hinweg hob. Moralische Motive spielen in die Verwerfung des Eides auch bei christlichen und jüdischen Autoren hinein, wenn sie das Mißtrauen empört, das dem glaubwürdigen Manne durch Zumutung des Eides bezeigt wird. — Nicht das kam in Frage, ob das Schwören irgend welchen Nutzen schafft, — man frug, ob es sich mit der menschlichen Würde vereinigt —. — Wie die Lüge schlechthin verwerflich war, so sollte das bloße Wort des natürlichen und rechtlichen Menschen gelten. Für den Eid war hiernach kein rechter Platz mehr. Jemandem den Eid zuzumuten, hieß ihn beleidigen und andererseits brachte, wer schwor, sich leicht in den Verdacht besonderer unlauterer Absichten. Nicht Wahrheit und Treue wurden durch den Eid gestützt — sondern umgekehrt bedurfte jetzt der Eid der Stütze durch die Treue, die, wenn sie nicht im ganzen Charakter des Menschen wurzelte, des Haltes entbehrte und

also damals in derselben Weise vertieft wurde wie die Sittlichkeit überhaupt. Dieser Ansicht hat unter anderen Aischylos seine mächtige Stimme geliehen:

„οὐκ ἀνδρὸς ὅρκοι πιστις, ἀλλ' ὅρκων ἀνήρ“

und der nahe liegende und leichte Schluß, daß demnach der Eid zum alten Plunder zu werfen sei, findet sich wirklich gezogen bei Choirilos. — Wie die Lüge das Erzeugnis einer knechtischen Natur oder doch einer knechtischen Stimmung ist, so hatte umgekehrt das bloße Wort des freien Mannes allen Anspruch darauf, zu gelten. Der Eid erschien als eine unnötige Tortur des Freien.“ — —

Aus grauer Vergangenheit habe ich mir bedeutsame Waffen herbeigeholt, zur Bekämpfung des gefährlichsten, weil uns entsittlichenden, erniedrigenden Feindes deutscher Rechtspflege, des byzantinischen Schiedseides. Ich weiß, daß solche Bemühung vergeblich ist! Das „es war einmal“ hat heute für uns keine Überzeugungskraft, — Wach hat das ausgesprochen, — leider! Denn eine Rechtswissenschaft, die den Blick vor der Rechtsvergangenheit verschließt, scheint mir nicht gerade auf festen Grund gebaut. Und Wach geht noch weiter mit dem Ausspruche: „noch viel unwirksamer ist das ausländische Beruhigungsmittel.“ [74])

Nun, der Blick auf das Ausland, auf Prozeßgesetzgebung und Rechtspflege in den uns umgebenden Staaten der Gegenwart, ist freilich ein Beruhigungsmittel nimmermehr, lehrt er uns doch, soweit die von mir behandelte Eidesfrage in Betracht kommt, nur unsere eigene Rückständigkeit!

Ich berichte kurz nach dem mir zur Verfügung stehenden, nicht überall vollständigen, aber für vorliegenden Zweck doch ausreichenden Material:

Für Frankreich finden sich die Bestimmungen über den Eid im Code civil Art. 1357—1369; das Gesetz kennt den Schiedseid wie den richterlichen Eid, dazu auch als Rest des Positionenverfahrens das (früher eidliche) interrogatoire sur faits et articles (C. pr. 324). Tatsächlich ist aber der Eid der Parteien, der Entscheidungs- wie der Erfüllungs- oder Reinigungseid, im französischen Verfahren so gut wie verschwunden, der Rückgriff auf den Eid gehört zu den seltensten Erscheinungen. Luxemburg hat den Schiedseid sowohl wie den Erfüllungseid; gleiches gilt für die Niederlande und für das französische Tochterrecht in Italien sowie für Spanien. Das Genfer Gesetz hat Schiedseid und Parteivernehmung aus Frankreich übernommen. — Die kantonale Prozeßgesetzgebung in der Schweiz ist zur Zeit in der Umgestaltung. Hervorzuheben ist die neue Prozeßordnung für Aargau vom 28. April 1901: „Der Eid in allen seinen mannigfaltigen Formen ist gänzlich beseitigt. Der Eid der Parteien als Beweismittel ist ersetzt durch die gerichtliche Befragung der Parteien.“ In gleicher Weise hat die österreichische Prozeßordnung v. J. 1895 den Schiedseid aufgegeben und an seine Stelle die zeugeneidliche Parteivernehmung gesetzt. Der Entwurf der ungarischen Zivilprozeßordnung hat neben den Schiedseid die Parteivernehmung gesetzt. In Bosnien und der Herzegowina findet sich der Schiedseid nicht, wohl aber die Vernehmung der Parteien als Zeugen. Portugal hat den Eid beibehalten. In England und Schottland ist der Schiedseid nicht bekannt. In Dänemark und Norwegen dient der Parteieid nur in den Fällen als Beweismittel, in denen die Gesetze es gestatten und nur nach Auferlegung durch das Gericht. Dem schwedischen Prozeßrechte ist Eideszuschiebung im Sinne unseres Gesetzes fremd: „mit Eid kann man antworten aber

nicht klagen. Bietet eine Partei der anderen den Eid an, so muß sie ihre Aussage mit Eid erhärten, sie sei Kläger oder Beklagter". „Nach der Praxis kann auch eine Partei sich selbst zur Eidesleistung erbieten. Dem Gegner steht es in beiden Fällen frei, den Antrag anzunehmen oder abzulehnen." Das wäre also ein Vergleich, gestützt auf den Eid. Als richterlicher Eid ist bekannt hauptsächlich der Reinigungseid, ausnahmsweise ist der Ergänzungseid vorgeschrieben. In Finnland findet sich nur der richterliche Eid, und zwar als Reinigungseid, wie als Erfüllungseid. — Der russische Prozeß begünstigt den Eid nicht. Nach dem Gesetze „darf der Richter den Parteien den Eid weder auferlegen, noch auch nur vorschlagen. Der Eid ist nur zulässig, wenn die Parteien übereinkommen, die Sache durch einen Eid zu entscheiden". Auch in Polen ist der Eid ein gerichtliches Beweismittel nur wenn beide Parteien freiwillig erklären, daß sie mit solcher Beweisführung einverstanden seien.

Das Schlußergebnis entbehrt nicht einer humoristischen Färbung:

Der auf dem Gebiete des romanischen Prozeßrechts führende Staat, Frankreich, hat in praktischer Übung den Schiedseid bei Seite geworfen. Die anderen romanischen Staaten: Italien, Spanien, Portugal, auch Luxemburg und die Niederlande, ebenso das Genfer Gesetz halten am Schiedseide fest. Eine neuerliche Bewegung (an deren Spitze Österreich und Aargau) haben unter Beseitigung des Schiedseides die sogenannte zeugeneidliche Parteivernehmung durchgeführt, die auch in Ungarn angenommen werden soll und überdies in Bosnien und der Herzegowina bereits geübt wird.

Kein einziges rein germanisches Gebiet, das Deutsche Reich ausgenommen, kennt heute noch den

byzantinischen Schiedseid: weder England und Schottland noch Amerika, Dänemark, Norwegen, Schweden und Finnland. Die hierher gehörigen Prozeßgesetze verwerten überall nur den germanischen richterlichen Eid. Rußland und Polen geben nur dem Vergleichseide der Parteien Raum.

Was bleibt nach dieser Aufzählung noch übrig als Gebiet des Schiedseides? Nun es sind eben die dunkleren Gegenden unseres Erdteils: Griechenland, Rumänien, Serbien, Bulgarien, Montenegro und die Türkei!! —

Und Arm in Arm mit dieser prozeßrechtlich doch wohl zweifelhaften Gesellschaft fordert das schiedseidfrohe Deutsche Reich noch 30 Jahre nach seinem glanzvollen Aufstieg das zwanzigste Jahrhundert in die Schranken! —

Aber für mein Empfinden überwiegt doch der tiefe Ernst der Sachlage! Denn die fortdauernde Verwertung und Verehrung unseres ausschließlich formalen, zerrüttenden Schiedseidswesens bestätigt leider für jedermann erkennbar:

den Bankerott deutscher Rechtspflege!

Aus der Reformliteratur.

Die hier zusammengestellten Ausführungen sind bestimmt, dem Leser die Übersicht über den Streitstand in der von Adickes hervorgerufenen Reformbewegung zu erleichtern. Nur einen Teil der zahlreichen Schriften kann ich hervorheben; denn ich möchte dem richtigen Arbeitsplan von Adickes treu bleiben, wonach es sich zunächst nur darum handelt, grundlegend die großen Hauptgedanken, die in Betracht kommen, auf ihre Verwertbarkeit zur Besserung unserer Rechtspflege zu prüfen. Nach dem guten alten Spruche: „eines Mannes Rede ist keines Mannes Rede, man soll sie billig hören Beede", wünsche ich gerade diejenigen Schriftsteller in erster Reihe zu berücksichtigen, die zu den in den vorausgehenden Abschnitten von mir behandelten Problemen gegensätzliche Stellung nehmen.

Doch von diesem meinem Programm glaube ich sogleich abweichen zu dürfen zugunsten des Reichsgerichtsrats Peters, der bereits seit Jahren mit sorgfältiger Beobachtung die einheimischen Reformbestrebungen verfolgt;[75]) freilich zumeist, soweit es sich um Neugestaltung unseres gewiß unbefriedigenden Rechtsganges handelt. Peters erblickt die Wurzel des Übels im § 278 der Zivilprozeßordnung und das durchgreifende Heilmittel in der Wiedereinführung der Eventualmaxime.[76])

Ich kann dieser Aufstellung nicht wohl widersprechen, zumal ich weiß, daß die Eventualmaxime auf deutschrechtlichen

Gedanken ruht, und weil ich selbst etwa 18 Jahre hindurch in sächsisch-gemeinrechtlichem Gebiete als Prozeßrichter erster und zweiter Instanz tätig gewesen bin, nicht ohne den großen Wert jenes Grundsatzes zu würdigen. — Mir will es indessen scheinen, daß weder das deutsche Ordnungsprinzip noch die Eventualmaxime, sondern nur die Überspannung beider Grundsätze den Vorwurf begründen, den wir heute, auf das gemeinrechtliche, sächsische, neupreußische Prozeßrecht zurückblickend, erheben. Das Übermaß der Zusammenziehung des Verfahrens, — selbst wieder eine Reaktion gegen die Schlaffheit des romanischen Prozesses — hat unserem jüngeren sächsisch-gemeinrechtlichen Verfahren den Ruf verdorben, vor allem in Verbindung mit der Verhandlungsmaxime.[77])

Frühere praktische Erfahrungen haben mich gelehrt, daß der Mann aus dem Volke reichlich Verständnis hat für Ordnung und Zusammenziehung des Verfahrens behufs Beschleunigung der Streiterledigung. Auf solche Erfahrungen hin habe ich denn auch geglaubt, den alten deutschen Grundsatz „nur eine Tatsacheninstanz" vertreten zu dürfen (vgl. oben S. 128). Ein Rechtsgang der dem betreffenden Volke verständlich ist, wird leicht ertragen, wenn er auch hier und da scharfe Vorschriften zur Geltung bringt.

Was aber unser deutsches Volk niemals begriffen hat und niemals begreifen wird, das ist die Verhandlungsmaxime und ihr Richtertum, dem die selbständige Teilnahme an der Wahrheitserforschung schlechthin verschlossen ist.

Ich glaube nicht, daß wir in Deutschland, nach dem mißglückten Experiment mit dem französischen Prozesse, jemals ein Verfahren ohne alle Verwendung der Eventualmaxime durchführen werden. Auf die Beseitigung der Verhandlungsmaxime

in absehbarer Zeit dürfte aber doch einige, wenn auch zunächst schwache Hoffnung gegeben sein.[78])

Urteile ich richtig, so wünscht Peters die Wiedereinführung des sogenannten „neupreußischen Prozesses“ nach Maßgabe der Verordnungen von 1831 und 1846.

Nach Veröffentlichung der „Grundlinien“ trat als Gegner zunächst Hamm wider Adickes in die Schranken (D.J.Z. 1906, Sp. 1054); in der Form entschieden abwehrend, aber doch nicht überall und nicht unbedingt. Bedeutsam war jedenfalls, daß Hamm dem Verlangen von Adickes nach Beschränkung der Rechtsmittel in Zivilsachen beistimmte und zugleich, Vierhaus folgend,[79]) die bisher bei Besetzung der Richterkollegien von uns geübte Verschwendung von Richterkraft zugab. Es folgte bald die in ihrer Offenheit höchst verdienstliche Schrift von Riedner, der für die Berufungsinstanz Ausschluß der amtsgerichtlichen Sachen im Werte bis zu 100 Mark befürwortete, und das zwar in Übereinstimmung mit Adickes, Hamm und Mügel, weil es unwirtschaftlich sei, bei so kleinen Werten die Sache durch mehrere Instanzen zu treiben, und weil diese Beschränkung auch bei fast allen anderen Staaten Rechtens sei.“ — Diese Begründung halte ich zwar nicht für unangreifbar (vgl. oben S. 57 ff.), der Vorschlag an sich läßt sich immerhin verteidigen. Weitere, gewiß der Erwägung würdige Vorschläge von Riedner waren: 1. Einrichtung einer aus nur zwei Richtern bestehenden Vorprüfungsinstanz für die Revision: im Falle der Übereinstimmung beider Richter dahin, daß das angefochtene Urteil nicht abzuändern sei, soll es beim Urteil bleiben. 2. Ausschluß der Revision im Falle des Vorliegens von duae conformes. 3. Erweiterung der sachlichen Zuständigkeit der Amtsgerichte bis zur Wertgrenze von 1000 Mark. 4. Beseitigung des

Mündlichkeitsprinzips: Mündlichkeit und Schriftlichkeit sind je nach Bedürfnis dort zu verwerten, wo sie dem Zwecke schneller und sicherer Prozeßführung am besten entsprechen. 5. Verminderung des Schreibwerkes, insbesondere der nachträglichen Ausarbeitung des Tatbestandes und der Enscheidungsgründe. — Aus Wetzel § 48, Note 10 schalte ich hier ein: Das römische Recht kennt Entscheidungsgründe, aber fordert sie nicht. Nach den Reichsgesetzen sollen die rationes decidendi im Fall der Revision vom judex a quo zum Kammergericht „verpetschiert" eingeschickt werden. Die regelmäßige Publikation aber ist erst ein Resultat der neueren partikularrechtlichen Praxis und Gesetzgebung.[80]) Für Beibehaltung des der Urteilsausfertigung einzufügenden Tatbestandes samt Entscheidungsgründen tritt energisch ein Stein S. 86. Auch ich halte die gänzliche Beseitigung der Vorschrift des § 313 Z. 3 und 4 für nicht unbedenklich. Immerhin scheint es mir nicht ausgeschlossen, daß geschickte Übung einen Mittelweg findet. In einfachen, klarliegenden Streitsachen wird jedenfalls die Ausarbeitung wegfallen können, insbesondere wenn man sich entschließt, die früher so reichlich geübte Einfügung des Tatbestandes in das Urteilsprotokoll wieder zuzulassen (vgl. oben S. 52). In größeren, schwierigeren Sachen hätte der vorausgesehene Gehilfe des Richters nach Anweisung des Richters selbst, in tunlichster Kürze den Tatbestand schriftlich zu fixieren. Auf diese Weise ließe sich „richterliches Schreibwerk" ersparen und vielleicht wären bei gutem Willen und geschickter Zusammendrängung doch der „Tatbestand und die Entscheidungsgründe noch beizubehalten. Denn ohne allen Wert, insbesondere für das Maß der Wissenschaftlichkeit unseres Richterpersonals ist die bisherige Übung sicherlich nicht gewesen!"

Die bisher erwähnten Arbeiten, die Erstlinge der Abickesliteratur sind bezeichnend genug; es überwiegt doch weitaus größere oder geringere Zustimmung, die Angriffe und Bedenken treten erheblich zurück. Und bedeutsam war von Anbeginn, daß gerade aus dem Kreise unseres höheren Richtertums die beipflichtenden Stimmen vernehmbar wurden: — damit war das Eis gebrochen!

Holtgrevens Vorschläge zur Justizreform (Oktober 1906) befürworten zunächst eine alsbaldige Verminderung der Zahl unserer Richter; die Absetzung der Urteile soll besoldeten Gerichtsassessoren, die der Verhandlung beigewohnt haben, übertragen werden. Holtgreven nimmt dann Stellung zum bereits mehr ins Einzelne gehenden Aufsatze von Mügel „Zur Reform unserer Gerichtsorganisation“ (D. J. Z. 1906, 1109 ff.). Danach entscheidet in erster Instanz bei Amtsgerichten und Landgerichten stets ein Einzelrichter. Das Reichsgericht hat im wesentlichen nur noch die Aufgabe, für die Einheit des Rechts auf allen Gebieten des Rechtslebens zu sorgen: a. Revisionsurteile der Oberlandesgerichte werden durch je zwei Reichsgerichtsräte auf die Übereinstimmung mit der Rechtsprechung der übrigen Oberlandesgerichte und des Reichsgerichts geprüft. b. Wenn die Prüfung eine Abweichung ergibt oder wenn das Oberlandesgericht eine solche beabsichtigt, so entscheidet das Reichsgericht. Zuständig für alle Rechtsstreitigkeiten über Werte bis 1000 Mark ist der Amtsrichter als Einzelrichter, in Gewerbesachen mit Beisitzern. Zuständig für die Entscheidung aller Rechtsstreitigkeiten über Werte von mehr als 1000 Mark ist der Landrichter als Einzelrichter, in Handelssachen die Kammer für Handelssachen. Mügel steht also schlechthin auf dem Grundsatze, daß bei guter Gerichtsorganisation das Schwergewicht in der mit durchaus tüchtigen Einzelrichtern besetzten

ersten Instanz ruhen muß: am besten wäre es, die erste Instanz mit lauter Reichsgerichtsräten zu besetzen. Dazu die gute Bemerkung: „Zwischen einem Einzelrichter über Sachen zum Werte bis 1000 Mark und Sachen von höherem Werte sollte man zweckmäßiger nicht unterscheiden. Beide Einzelrichter müssen von gleicher Tüchtigkeit und gleicher praktischer Erfahrung sein." — Dem kann ich nur beistimmen (vgl. oben S. 42). Anwaltzwang gilt für die Berufungsverhandlungen, sonst nur in sehr eingeschränktem Umfange. Der Rechtszug geht vom Amtsrichter an den Oberamtsrichter, von Urteilen des Oberamtsrichters in erster Instanz an die Kammern der Landgerichte. Nach meinen früheren Ausführungen (oben S. 42) würde ich es weitaus vorziehen, wenn für alle Streitsachen, ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes, schlechthin dieselbe Instanz, und zwar ein gleichstehendes Einzelrichtertum, Zuständigkeit erhielte: es ist das ein alter, bewährter deutschrechtlicher Gedanke: gleiches Recht für alle! Wenn die Berufung auf neue Tatsachen oder Beweismittel gestützt wird, so soll Zurückverweisung der Sache zur Verhandlung und Entscheidung an den Oberamtsrichter zulässig sein. — Ob damit nicht erhebliche Verzögerung herbeigeführt werden würde? — Ich selbst befürworte dringend die Wiedereinführung nur einer Tatsacheninstanz! (vgl. oben S. 128 ff.).

Den bereits mehrfach ins Einzelne gehenden neuerungsfrohen Arbeiten von Riedner, Mügel und Holtgreven schloß sich zunächst K. Schneider (R. 1906, S. 1356) an, und zwar mit einem allgemeinen Angriffe gegen unser bestehendes Prozeßgesetz. Schneider weist insbesondere hin auf die Verderblichkeit unseres prozessualen Eideswesens, auf die Verkehrtheit des Mündlichkeitsprinzips und auf die daraus sich ergebenden Unwahrheiten des Verfahrens: „Was will man dazu

sagen, daß als erster Grundsatz bei einem Berufungsgerichte die Regel beobachtet wird: „Es gilt alles als vorgetragen, was in den Akten steht?“ — Und zwar, wenn diese Regel als unentbehrlicher Notbehelf aufgestellt wird, um überhaupt geschäftlich durchzukommen?! — Zum Schlusse des Artikels referiert Schneider den, einem Beschlusse der vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts vom 29. Juni 1901 (Bd. 48, Nr. 98) entnommenen Satz: „es müsse als ein bedauerlicher Mißstand bezeichnet werden, daß bei Einlegung der Berufung und Revision solche Schwierigkeiten entständen, daß nicht selten ... die Verfolgung des materiellen Rechts an einem Verstoße gegen nicht leicht zu beherrschende Formvorschriften“ scheitere. —

Hinzugefügt ist ein in den „Grenzboten“ getaner Ausspruch des Reichsgerichtsrats Henderichs: „Ich nehme keinen Anstand zu behaupten, daß die geltende Zivilprozeßordnung in großem Maße an der Schwächung der Autorität der Gerichte und an dem Sinken des Ansehens der Richter die Schuld trifft. Ihre 27jährige Geltung ist die Probe auf ihren praktischen Wert. Vom Standpunkt doktrinärer Prinzipienreiterei ist sie das Muster der Vollkommenheit. Vom praktischen Standpunkte aber kann ihr bei aller Anerkennung ihrer Vorzüge der Vorwurf nicht erspart bleiben, daß sie an bedeutenden Mängeln leidet.“ Auf diesen Ausspruch hin kann ich dem Herrn Reichsgerichtsrat das Zeugnis eines überaus milden, höflichen Beurteilers gewiß nicht vorenthalten!

Als überzeugter Gegner einer demnächst einzuleitenden durchgreifenden Prozeßreform ist an erster Stelle zu nennen Otto von Pfister L. G. R. zu Darmstadt. Die trefflich geschriebene, sehr ernst und würdig gehaltene kleine Arbeit: „Der Reformansturm gegen die bestehende Rechtsordnung“ bringt mit

Geschick alles zusammen, was sich in gegenwärtiger Zeit zu Ungunsten einer Beschleunigung der Justizreform sagen läßt. Niemand, der unserem Rechtswesen von Herzen günstige Entwicklung wünscht, sollte die Schrift ungelesen lassen. — Der Verfasser spricht sich entschieden gegen eine Abänderung aus, die ihrem Wesen nach zu einer Aufhebung der bestehenden Gesetzgebung führen könnte. Vertreten wird dabei der Standpunkt, daß für das Ansehen von Gesetz und Staatshoheit die Stetigkeit ein Haupterfordernis bildet, und daß dieses hierdurch gewahrte Ansehen vieles andere aufwiegt. „Es muß die Frage mit äußerster Vorsicht behandelt werden, ob dem jeweiligen numerischen Obsiegen einer Meinung nun auch eine entsprechende gesetzliche Änderung demnächst zu folgen hat. In der Regel wird man diese Frage zu verneinen haben. — Andernfalls könnte die gebotene hoheitsvolle Weihe des Gesetzes nicht gewahrt werden. Vor dieser Erkenntnis muß manche andere Erwägung halt machen."

Ich kann mich der Berechtigung solcher Mahnungen freilich nicht verschließen; aber mir will nach den obigen Ausführungen doch scheinen, daß der Verfasser keinen zwingenden Beweis erbracht hätte; er hat vielmehr zu viel bewiesen, so daß wir, wenn ihm folgend, zu einer durchgreifenden Justizreform überhaupt niemals gelangen könnten. — Im einzelnen verwirft die Schrift das Einzelrichtertum als Ersatz für das Kollegialwesen, sie verneint, daß ein berechtigter Grund zur Aufhebung der Kollegial-Rechtsprechung bestehe, und lehnt demgemäß die vorgeschlagene Reform ab. Wir anderen sind anderer Ansicht, halten einen energischen Wandel unserer Rechtspflegeinstitutionen für dringend geboten! So steht, wie immer noch in großen, die Zeit bewegenden Fragen, — Überzeugung gegen ehrliche Überzeugung! — Dem Verfasser aber haben wir zu danken,

wenn er mit seinen Vorhaltungen uns das Gewissen, das Verantwortlichkeitsgefühl, zu schärfen gesucht hat. — — Nicht zustimmen kann ich, wenn die Schrift ausklingt in die Behauptung: „Man befindet sich auf dem Irrwege, wenn man glaubt, das angebliche Sinken des Gerichtswesens beruhe in einem inneren Mangel unserer Gerichte, und deshalb müsse man auf Beseitigung des inneren Mangels bedacht sein. Jenes Sinken des Ansehens hat aber mit den Gerichten selbst und ihrer Tätigkeit in Wirklichkeit gar nichts zu tun; es ist nicht auf die Gerichte eingeschränkt, sondern erstreckt sich auf alle Behörden, auf die Gerichte sogar vielleicht noch am wenigsten. Die gemeinsame Grundlage dieser Tatsache ist das allgemeine Abnehmen des Autoritätsgefühls, die mangelnde Achtung sehr vieler vor jeder staatlichen und menschlichen übergeordneten Macht." — Die für eine baldige Justizreform eintretenden Juristen im Reiche sind eben anderer Überzeugung: sie halten das — auch nach meiner Meinung nicht abzuleugnende — Sinken der Autorität unseres deutschen Gerichtswesens für eine Folge der mißglückten, nicht volkstümlichen Gesetzgebung der siebziger Jahre; und sie hoffen durch gesetzgeberische Änderungen, die dem Volksbewußtsein besser entsprechen, — jenes gesunkene Ansehen der Gerichte im erforderlichen Umfange wieder zu erhöhen!

Der Schrift von Paul Winter (L. R. in Halle) entnehme ich einen interessanten Hinweis auf die Stellung der preußischen Richter zur Zeit Friedrichs des Großen: „Das Richteramt galt als die vornehmste Beamtentätigkeit, gerade die sozial bevorzugten Klassen erwählten mit Vorliebe die Richterlaufbahn. Nach der Erwerbung Schlesiens war z. B. der erste Präsident des im Jahre 1742 in Breslau eingerichteten Landesjustiz-

kollegiums (der „Oberamtsregierung“ gleich den heutigen Oberlandesgerichten) der Fürst von Carolath-Beuthen. Präsident der um dieselbe Zeit eingerichteten „Oberamtsregierung“ in Glogau wurde Graf von Reeder; Präsident des gleichen, im Jahre 1744 in Ratibor eingerichteten Justizkollegiums der bisherige Landeshauptmann der Fürstentümer Oppeln Ratibor, Graf Henckel von Donnersmarck. Vergebens bemühte sich der erste schlesische Verwaltungsminister von Münchow, für die „Kriegs- und Domänenkammern“ — die den jetzigen Regierungen entsprechenden Verwaltungsbehörden — die gleiche Rangstellung mit den Justizkollegien durchzusetzen; „der Justizminister Cocceji weist ihm nach, daß in allen preußischen Provinzen die Justizbehörden den Vorrang hätten, er muß sich begnügen, wenigstens für seine Landräte so viel zu erreichen, daß sie den Delegierten der Justizbehörden, den ständigen Kommissaren („Kreis-Justizräten“) im Range gleichgestellt werden“; — so berichtet Grünhagen, „Schlesien unter Friedrich dem Großen“. Erst nach dem Tode Friedrichs des Großen beginnen die — schließlich erfolgreichen — Bestrebungen der Verwaltungsbehörden einzusetzen, ihren Vorrang vor den Justizkollegien zu erreichen.“ —

Aber im Grunde ist es doch tröstlich, zu wissen, daß es bei uns Zeiten gegeben hat, in denen das Richtertum dem Range nach über den Vewaltungsbeamten stand: was einmal bereits dagewesen ist, kann sich ja künftig wiederholen! Auf die Rangfrage besonderes Gewicht zu legen, scheint mir nicht gerade geboten, — ganz abgesehen davon, daß nach den Adickesschen Plänen das Richtertum aus dem allgemeinen Beamtentum erkennbar herausgehoben werden soll. — Und endlich will es mir scheinen, daß an diesem Punkte eine historische Entwicklung in Betracht kommt, die man mit Fug und Recht als „altfränkisch“ (in

jedem Sinne des Wortes!) bezeichnen kann. Und eben weil eine geschichtliche Bildung sich nachweisen läßt, darf man nicht zu scharf urteilen! Ich denke an die Gefolgschaft der merowingischen Könige, an die Antrustionen, die regelmäßig auch in der Kavallerie dienten, und als antrustiones dominici eine hervorragende Klasse des königlichen Gefolges bildeten, insofern sie der Person des Königs und seinem Hause zum Schutze dienten. „Die Antrustionen spielen eine bedeutsame Rolle im Rate des Königs, nehmen insbesondere an der Beratung von Satzungen teil. Sie werden zu wichtigen Reichsgeschäften, namentlich zu Gesandtschaften verwendet. Es gab verheiratete Antrustionen und solche, die sich im Besitz von Haus und Hof befanden. Diese waren wenigstens für die Regel aus dem königlichen Hofstaat ausgeschieden, um während der Friedenszeit auf ihren Besitzungen zu leben" (Brunner II, S. 98ff., 259). — Wer müßte nicht angesichts dieses historischen Berichts an unser heutiges höheres Verwaltungsbeamtentum denken?

Winter ist offenbar nur zu einer sehr eingeschränkten Reform geneigt. Er wünscht Abschaffung der schriftlichen Urteilsbegründung, empfiehlt die Beibehaltung der kollegialen Organisation der höheren Gerichte, rät ab von der Einschränkung der Rechtsmittel; — nur im Interesse der Erhaltung der Arbeitsfähigkeit des Reichsgerichts wird eine gewisse Beschränkung der Revision empfohlen (duae conformes).

Otto Schmidt (Landgerichtsrat) ist ausgesprochener Gegner der Adickesschen Reformvorschläge, hält es für ausgeschlossen, daß je ein Vorschlag auf Gestaltung der Justizverhältnisse nach englischem Muster den gesetzgebenden Körperschaften vorgelegt werden werde.

Zur Kennzeichnung der weit ausgreifenden und weit abschweifenden Schrift von Ernst Fuchs (Rechtsanwalt)

„Schreibjustiz und Richterkönigtum, ein Mahnruf zur Schul- und Justizreform“, gebe ich den zusammenfassenden Satz auf Seite 109 daselbst wieder: „Nur Richterkönigen können wir die freie Rechtsfindung und Interessenabwägung, also die Rechtsprechung vom höheren Standpunkt wahrer Gerechtigkeit anvertrauen, die unsere Begriffsjurisprudenz ablösen muß. Die dialektische Konstruktion mit ihren Interpretationskünsten für die subalterne Schreibjustiz, die freie Rechtsfindung mit ihrer Schöpferkraft für das Richterkönigtum.“ — —

Habe ich bisher nur einige wenige selbständige, das Ganze der Reform berücksichtigende Druckschriften vorgeführt, und flüchtig deren Stellungnahme angedeutet, so liegt mir jetzt noch ob, ein Bild zu geben von der Fülle einerseits und der Gegensätzlichkeit andererseits aller der zahllosen Einzelvorschläge und Bemerkungen zur Prozeßreform, die in den jüngsten Jahrgängen unserer beiden juristischen Fachzeitschriften, Deutsche Juristenzeitung und Das Recht aufgespeichert liegen.

Deutsche Juristenzeitung 1907.

Es überwiegen nach dem Stande der Reformbewegung zunächst die Erörterungen über die Amtsgerichtsnovelle. Koppel, Rechtsanwalt, will Hebung der Amtsgerichtsanwälte durch Erhöhung der Zuständigkeit der Amtsgerichte, verlangt aber Prüfung, ob nicht dadurch Schädigung der Landgerichtsanwälte eintrete; die Anwaltsgebühren sollen um zwei Zehntel erhöht werden (346—348). Der Staatssekretär Nieberding teilt dem Vorstand des deutschen Anwaltvereins mit, daß, wenn schon eine Kompetenzerhöhung für die Amtsgerichte notwendig werde, es jedenfalls unseren sozialen Verhältnissen widerstreiten und auch nicht im Interesse der Rechtspflege

liegen würde, die Kompetenz auf 1200 Mark festzusetzen (404/5). Gumbinner, Landgerichtsrat, wendet sich gegen Amtsgerichtsrat Jastrow, der bei den Amtsgerichten Schöffengerichte für Zivilprozesse gebildet wissen will (470/72). Landgerichtsrat Haake wünscht Übernahme des Gewerbegerichtsverfahrens für die Amtsgerichte (474). Amtsgerichtsrat Fischer tritt mit Wärme und überzeugender Begründung ein für die einzelrichterliche Organisation der Gerichte erster Instanz in allen Zivilsachen (516/20) vgl. oben S. 42. Landgerichtsdirektor Altsmann stimmt zu, wiewohl nur unter gewissen Voraussetzungen (626/28). Schlechthin gegen die Bevorzugung des Einzelrichtertums wendet sich Justizrat Max Jakobsohn. Derselbe bemerkt zum Schlusse: wenn man den deutschen Verein für den Schutz des gewerblichen Eigentums, der auch wiederholt Sondergerichte verlangt habe, fragen würde, ob er einen Einzelrichter haben wolle, würde ein homerisches Gelächter die Antwort sein. (628/32.) Beweisend ist diese Bemerkung gewiß nicht: manche gute Einrichtung ist zuerst verlacht und doch später anerkannt worden! Rechtsanwalt Auerbach behandelt die Beschaffung des Beweises durch den Anwalt vor der Verhandlung (651/53). Regierungsrat Hüfner erörtert, ob der Richterberuf die politische Tätigkeit ausschließe? — Eine bedeutsame, wie ich glaube, nicht allgemein beantwortbare Frage (790/93). Landgerichtsrat Schellhas wünscht Beseitigung des § 313 Z. P. O. und führt aus, der Tatbestand sei ein Überbleibsel des alten, schwerfälligen, schriftlichen Verfahrens. In Wahrheit sei der Tatbestand nur ein Auszug aus den Schriftsätzen (872/73). Reichsgerichtsrat Siewers erörtert die Voraussetzungen zu Stärkung der richterlichen Autorität (898/902). Justizrat Stranz polemisiert gegen Erhöhung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit: „sit ut est“ — eine schwerwiegende Frage! —

Amtsgerichtsrat Schultzky will den Gerichtsschreiber neben dem Amtsrichter als Bagatellrichter etablieren, — ein m. E. nicht annehmbarer Vorschlag! (1124/27.) Justizrat Heinitz bringt eine wertvolle Besprechung des Entwurfs zur Amtsgerichtsnovelle (1170/76). Dasselbe Thema behandelt eingehend Landgerichtsdirektor Altsmann (1236/38). Rechtsanwalt Mittelstädt berichtet über die Reformverhandlungen auf dem außerordentlichen Anwaltstage zu Leipzig am 23. November 1907.

Das Recht 1907.

Justizrat Max Jakobsohn: der Parteibetrieb ist im vollen Umfange aufrecht zu halten. Die Schreibarbeit der Richter ist einzuschränken. Gegen amtsgerichtliche Urteile bis 100 Mark ist Berufung auszuschließen aber sofortige Beschwerde zu gewähren. Gewerbegerichte und Kaufmannsgerichte sind dem Amtsgerichte anzugliedern, der Ausschluß der Rechtsanwälte fällt fort; gegen berufungslose Urteile ist sofortige Beschwerde zu gewähren. Dazu die Schlußbemerkung: „Bei vielen Vorschlägen aus richterlichen Kreisen habe man (?) immer das Gefühl, als ob in erster Linie nicht das Wohl der Parteien, sondern die bequemere und leichtere Bewältigung der Arbeit durch die Richter das erstrebte Ziel der Reform sei. Schließlich seien aber die Richter des Publikums wegen da, nicht das Publikum der Gerichte wegen?“ S. 297/98. Warum dieser unbegründete Ausfall, den man mutatis mutandis mindestens (!) mit gleichem Rechte gegen unsere Anwaltschaft und ihre Stellungnahme in den Justizreformfragen richten könnte?

Amtsgerichtsrat Jastrow (360/61) stellt den hocherfreulichen Antrag auf Beseitigung der Eideszuschiebung, Be-

nennung der Gegenpartei als Zeuge soll an die Stelle treten! „An Stelle des richterlichen Eides tritt der Beschluß des Gerichts, eine Partei oder auch beide Teile als Zeugen zu vernehmen. Das Gericht entscheidet nach der Vernehmung nach freiem Ermessen darüber, ob eine Aussage zu beeidigen ist. Es kann die Beeidigung auf einen Teil der Aussage beschränken. Die Beeidigung der Aussagen beider Teile ist nur insoweit zulässig, als nicht Widersprüche in den Aussagen vorhanden sind.“ Ich kann diesem Vorschlage nur aufrichtig besten Erfolg wünschen. Ein weiterer, meines Erachtens sehr angemessener Vorschlag von Jastrow lautet: „Alle Klagen sind ohne Rücksicht auf das Objekt, beim Amtsgerichte einzureichen. Dieses hat den ersten Termin abzuhalten und ist zuständig für Erlaß des Anerkenntnis- und Versäumnisurteils und für Vornahme eines Vergleichs, sowie im Falle der Prorogation zur Entscheidung des Rechtsstreits.“ — Wird die Sache beim Amtsgericht nicht erledigt, so gibt dieses sie an das Landgericht ab (496/97). Mit solchen Abänderungen unseres Gesetzes wäre in der Tat die Hoffnung auf Besserung unseres Gerichtswesens erheblich näher gerückt.

Justizrat Guttmann tritt für Zivilschöffengerichte ein, hält dagegen bei genügender Sicherung der Unmittelbarkeit eine Tatsacheninstanz für ausreichend. Dann werde sich auch eine Verminderung der Richterzahl erreichen lassen (560).

Landrichter Klein eignet sich ebenfalls den bereits von anderer Seite gemachten Vorschlag an, bei Ausschluß der Berufung ein Rechtsmittel zu schaffen, mittels dessen die Verletzung von Rechtsgrundsätzen gerügt werden könne. Zur Vereinfachung könne man für dieses Rechtsmittel die Form der sofortigen Beschwerde wählen. Ich stimme abermals gern bei: auf diesem Wege wäre unser Verfahren wieder an einem Punkte auf alte

nationale Grundlagen gestellt (753/54). Der bayerische Richterverein dagegen hat bei erstmaliger Tagung am 14. Juli sich dahin ausgesprochen, daß eine Erweiterung der Zuständigkeit der Amtsgerichte durch Erhöhung der für die Zuständigkeit maßgebenden Summe weder für notwendig, noch im Interesse der Rechtspflege für wünschenswert zu erachten sei (955/56).

Landrichter Heuer wünscht Beseitigung des Tatbestandes, macht darauf aufmerksam, daß heute angenommen werde: was nicht im Tatbestande festgelegt sei, gelte als nicht in der mündlichen Verhandlung vorgetragen. Infolgedessen müsse der Richter jede in der mündlichen Verhandlung vorgebrachte Tatsachenbehauptung in den Tatbestand aufnehmen. Es wird — nach meinem Dafürhalten richtig — vorgeschlagen, dem § 314 Z. P. O. folgende Fassung zu geben: „Der Tatbestand des Urteils liefert den Beweis, daß das darin enthaltene von den Parteien mündlich vorgebracht worden ist" (1048/49).

Amtsgerichtsrat Samter faßt die Hauptreformvorschläge für den Amtsgerichtsprozeß zusammen und kommt zum Ergebnis, daß die entworfene Novelle geeignet sei, dem vielfach schwer empfundenen Übelstande der Prozeßverschleppung vor dem Amtsgerichte wirksam entgegenzutreten (1235/40).

Es ist mühsam genug, eine Übersicht zusammenzustellen, wie sie auf den vorausgehenden Seiten geboten wird. Vielleicht habe ich damit sogar allzu große Zumutungen an meinen Leser gestellt. Aber wir müssen uns doch ein richtiges Bild machen können von der Bewegung, die zur Zeit unseren Juristenstand in allen verschiedenen Kreisen beherrscht. Die gegebene Übersicht legt klar, wie die entgegengesetzten Interessen und Meinungen aufeinander stoßen, wie die verschiedensten Vorschläge durch-

einander schwirren; teils offen anerkannt, teils alsbald wieder beiseite gelegt werden, um neuen Vorschlägen den Platz zu räumen. Zumeist sind es Einzelheiten, die dem einen bedeutungsvoll erscheinen, während sie vom anderen, je nach seiner Stellung im Berufe nicht beachtet werden. Unruhe und Hast weist die Bewegung auf, — und nicht gering ist die Unordnung, die durch den fortwährenden Wechsel der neu auftauchenden Fragen herbeigeführt wird. Mancher bedeutungsvolle Gedanke wird im Gedränge beiseite geschoben, während nebensächliche Erörterungen in den Vordergrund treten!

Es ist wahrlich zu bedauern, daß auf diese Weise soviel guter Wille, soviel Fleiß und tüchtige Arbeitskraft oft pro nihilo verschwendet werden. Sollte es nicht möglich sein, eine freie Organisation herzustellen, die einigermaßen Halt und Zusammenfassung darbietet für die nach Tausenden zählende Menge der zur Mitarbeit bereiten und zugleich geeigneten Berufsgenossen. Ist es in der Tat ausgeschlossen, daß einmal ehrliche Privatarbeit, freiwillig in den beteiligten Kreisen geleistet, in sachgemäßer Ordnung dem Gesetzgeber unterbreitet werde — zur Vorbereitung wenigstens des so überaus schwierigen und verantwortlichen Justizreformwerkes?

Ich selbst, als erst 18jähriger Reichsgenosse, getraue mich nicht von mir aus eine Antwort zu finden. Aber unausgesprochen mochte ich den Gedanken nicht lassen. Vielleicht ist ein anderer in der Lage, ihn aufzunehmen und mit glücklichem Erfolge durchzuführen.

So, wie bisher, kann es nach meinem Dafürhalten nicht weiter gehen. Der gesunde Aufschwung, den das Eintreten von Adickes in die schon lange sich vorbereitende Bewegung gebracht hat, muß notwendig bald wieder schwinden, wenn die jetzt eingetretene Zersplitterung anhält. In unwirtschaftlichster

Weise vergeuden wir wieder einmal unsere Zeit und unsere Kräfte, ohne in Wahrheit die große Sache zu fördern. — Der unausbleibliche Erfolg kann danach nur sein eine natürliche Erschlaffung und Entmutigung, — Stimmungen, die wenig geeignet sind als Grundlagen für ein gewaltiges Arbeitswerk, das Gelingen nur verspricht, wenn es mit fester Zuversicht und zähem Mute angegriffen und durchgeführt wird! — Noch lange zu warten — haben wir nicht Zeit!!

Nicht unmittelbar durch die Adickessche Reformbewegung beeinflußt, aber durch genaue Kenntnis der Mängel unseres heutigen Prozeßgesetzes hervorgerufen, sind die kürzlich von G. Kleinfeller veröffentlichten Beiträge zur Reform des Zivilprozesses:[81]) eine treffliche Arbeit, die in anspruchsloser Form eine Reihe prozeßrechtlicher Probleme behandelt. Es sind nicht gerade leicht zu erledigende Fragen. Doch ist der Verfasser seiner Aufgabe mit großem Geschick gerecht geworden. Die Schrift weist überall ruhige, besonnene, eindringende Gedankenarbeit auf, sie will die Reformbedürftigkeit unseres Beweisrechts dartun. — Zunächst wird das System der Beweisverbindung im Gegensatze zu der von Peters befürworteten Wiedereinführung der Eventualmaxime erörtert. Der Verfasser meint, die Abkürzung der Prozesse werde auf solchem Wege nur um den Preis erreicht, daß mancher Prozeß verloren gehe, weil man die wahre Sachlage zu spät erkannt habe. „Die Prozeßbeschleunigung durch Eventualmaxime erfolge auf Kosten der Vollständigkeit des Prozeßstoffes, auf Kosten der freien Beweiswürdigung und der Wahrheitserforschung." Ich habe mich bereits oben S. 190/91 zur Ansicht bekannt, daß wir ein gewisses Maß von Eventualmaxime sehr wohl ertragen könnten, und in diesem Sinne bin ich auch für

Einführung nur einer Tatsacheninstanz eingetreten. Durchaus zustimmen kann ich Kleinfellers Forderung der Begründung des Beweisbeschlusses. Als dringendes Bedürfnis bezeichnet Kleinfeller die Abschneidung verspäteter Beweisführung: „bei Reform der Z. P. O. muß die Zurückweisung von Amtswegen zugelassen, das subjektive Merkmal aber durch ein leichter greifbares ersetzt werden. Behauptungen und Beweismittel, welche nicht spätestens in der ersten Verhandlung vorgebracht wurden, können auf Antrag und von Amtswegen zurückgewiesen werden, wenn nicht die vorbringende Partei sofort einen rechtfertigenden Grund für das späte Vorbringen der Tatsache oder Anbieten des Beweises nachweist". Ich stimme gern bei, meine aber, daß mit diesem Vorschlage doch ein tüchtiges Maß strenger Eventualmaxime in unseren Prozeß aufgenommen wäre!

Schlechthin überzeugend sind für mich die Ausführungen im Abschnitt V. der Schrift, woselbst Kleinfeller unsere „Eidesnot" würdigt. Es wird dargetan, daß der Zeugeneid, mag er als Nacheid oder als Voreid gefordert werden, doch stets unbefriedigt lasse. — Zutreffend wird ausgeführt, daß verschiedene Personengruppen als verdächtig gelten, daß sie des guten Willens, die Wahrheit zu sagen, ermangeln; bezw. es wird unterstellt, daß man ihrem Eide nicht trauen dürfe; der Richter aber darf auch diesen Personen trotzdem nach freier Beweiswürdigung Glauben schenken. Nur dem normalen Menschen, der Verständnis für die Bedeutung des Eides hat, und dessen Wahrheitsliebe nicht aus besonderen Gründen verdächtig ist — darf der Richter nicht ohne Eid glauben, es sei denn, daß beide Parteien auf die Beeidigung verzichten. — Solche deductio ad absurdum ist aber völlig korrekt auf den Wortlaut des Ge-

setzes gestützt. „Die andere Inkonsequenz liegt in der Zulassung des Parteiverzichts auf den Eid. Dieser verträgt sich weder mit dem das Beweisverfahren beherrschenden Offizialprinzip, noch mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung." „Dem Richter wird ein ihm sonst zu Gebote stehendes Mittel der Wahrheitserforschung genommen, nur weil die Parteien es wollen": er kann die Glaubwürdigkeit des Zeugen auf Grund der Aussage selbst beurteilen, beeidigen darf er den Zeugen nicht. — Solch' klare auf dem Gesetze ruhende Ergebnisse sind denn doch geeignet, den Stolz auf unsere Gesetzgebung vom Jahre 1877 ein wenig zu dämpfen!!

Zum Schlusse der sehr lesenswerten, überzeugenden Schrift erörtert Kleinfeller ausführlich den in der österreichischen Zivilprozeßordnung vom 1. August 1895 an die Stelle des normierten Parteieneides gesetzten „Beweis durch Vernehmung der Parteien"; ein einfaches, für jedermann verständliches Verfahren, das mir vorzüglich geeignet erscheint, unserem reichsdeutsch-byzantinischen Eide dasselbe Schicksal zu bereiten, das schon vor 2000 Jahren dem griechischen Eide zu teil ward: die ungestörte Ruhe beim „alten Plunder". (Hirzel S. 116.)

A. Mendelssohn Bartholdys Buch: „das Imperium des Richters, ein Versuch kasuistischer Darstellung nach dem englischen Rechtsleben im Jahre 1906/7" habe ich für meine vorliegende Arbeit nicht verwerten können. Beim Durchblättern habe ich den Eindruck gewonnen, daß es dem Verfasser darum zu tun gewesen sei, die Ungereimtheiten der englischen Praxis, bezw. die Übergriffe des englischen Richtertums möglichst energisch zu beleuchten. Der Titel lehrt das bereits; ohnehin behandelt das Werk doch wohl ganz überwiegend die englische Strafrechtspflege. Für uns in Deutschland aber kommt zur

Zeit die englische Gerichtspraxis gar nicht in Betracht, zielt doch die Adickessche Reformbewegung einstweilen nur ab auf Prüfung der im englischen Justizwesen durchgeführten grundlegenden Gedanken.

Ist es mit den Reformbestrebungen erst so weit, daß wir uns entschließen, den einen oder anderen im englischen Rechtswesen herrschenden Gedanken zu übernehmen, dann wird es unsere weitere Aufgabe sein, den uns ansprechenden germanisch-englischen Rechtsgedanken so zu verwerten und auszugestalten, wie es uns nach unseren heutigen Anforderungen und Bedürfnissen zweckmäßig erscheint, — solche Sonderprüfung gehört dann wieder auf ein anderes Blatt. Das duo cum faciunt idem, non est idem hat auch an diesem Punkte seine Bedeutung. Und wenn uns heute so gern und reichlich von allerlei Übergriffen und „Entgleisungen" des englischen „Richterkönigtums" erzählt wird, so kann ich dazu nur sagen, daß wir zwar ernstlich daran denken dürfen: alte, bewährte englisch-deutsche Rechtsgedanken an die Stelle unserer romanisch-französischen Prozeßvorschriften zu setzen. Aber keinem von uns wird es einfallen, allerlei in hundert Jahre alter Übung erwachsene speziell englische Mißbräuche und Verkehrtheiten mit in den Kauf zu nehmen. — Insbesondere: wenn das englische Einzelrichtertum, auf seine großartige Vergangenheit pochend, gelegentlich das Maß seiner Rechte überschätzt, und den Umfang seiner Pflichten zu gering achtet, — so folgt daraus doch mit nichten, daß das bei uns durchzuführende „erhöhte Einzelrichtertum" mit der Sache selbst nun auch alsbald die englischen Fehler und Übertreibungen nach Deutschland übertragen müsse! Hier wird die richtige Grenzlinie unschwer zu ziehen sein: ist doch entscheidend, daß der englische Richter nicht so wie unsere Gerichte schlechthin unter dem Gesetze steht,

sondern mehrfach, zumal bei Verwendung von Präjudizien, selbst die Rolle des Gesetzgebers übernimmt.

Heinrich Gerlands Vortrag: „die englische Gerichtsverfassung in ihrer gegenwärtigen Entwickelung und die deutsche Gerichtsreform“ schildert in lebendiger Darstellung die Eindrücke, die der Verfasser während eines Aufenthalts in England empfangen hat.[82])

Mir scheint, daß der Verfasser doch nicht ohne Voreingenommenheit an seine Arbeit gegangen ist. Sie beginnt mit einem Angriff gegen die Adickesschen Reformvorschläge: „daß Adickes historisch begründete Reformvorschläge, nicht subjektive Ideen brachte, das war es, was seiner Arbeit ihren Erfolg, ihre Bedeutung sicherte“. Das Essentiale der Begründung habe Adickes später wieder aufgegeben; seine späteren Vorschläge hätten nicht mehr Anspruch „historisch sich auf ihre Praktikabilität bewährt zu haben, aus Erfahrungen heraus gewonnene Postulate zu sein“. In zwei Punkten liege die Hauptbedeutung der Adickesschen Schrift: in der historischen Begründung der Reformvorschläge und im überaus scharfen Angriff gegen unser geltendes System, gegen unseren gegenwärtigen Richterstand. — Ich kann hier nach keiner Richtung hin Gerland beistimmen: zur historischen Begründung der Adickesschen Bewegung habe ich im ersten Teile dieses Buches Material zu beschaffen gesucht, vielleicht urteilt der Verfasser danach anders, zumal wenn er erwägt, daß die von Adickes nach englischem Vorbilde gerühmten Gerichtsinstitutionen sich durchweg als deutschnationale erweisen. Einen unmittelbaren Angriff gegen unseren Richterstand hat Adickes gewiß nicht erhoben, und wenn die „Grundlinien“ sich gegen unser geltendes System wenden, so muß ich freilich überzeugt erklären, daß ich dieses System nach Ursprung, Durchführung und Erfolg für gerichtet halte!

Gerland gibt zu, daß in England Dinge veraltet seien, deren Übernahme Adickes gar nicht gefordert habe, und erklärt dann, er wolle sich nur an eines halten, an die Adickessche Behauptung von der allgemeinen Superiorität der englischen Einrichtungen gegenüber den deutschen. Aber ich finde in Adickes Schriften eine solche Behauptung gar nicht. In den „Grundlinien" tritt vielmehr (I, 125) in den Vordergrund der Ausspruch: „wir finden — in den englisch-schottischen Justizverhältnissen — eine Reihe von Rechtsgedanken, welche einen gewissermaßen universalen Charakter haben und deshalb auch auf anderem Boden verwendbar sind". Und in der Schrift „zur Verständigung über die Justizreform" (II, 7) bedauert Adickes, „daß der Hauptzweck seiner Veröffentlichungen, die Eröffnung einer eingehenden sachlichen Erörterung der von ihm angeregten neuen Gesichtspunkte nur zum kleineren Teile erreicht worden sei." — Gerlands Ausgangspunkt dürfte hiernach nicht einwandsfrei sein. Die eingehende Darstellung der insularen Gerichtsverhältnisse bietet reiches, interessantes Material, sie gibt aber nicht den Ausschlag bei Würdigung der einzelnen Rechtsgedanken, an die sich die Adickesschen Reformpläne für Deutschland knüpfen.

In der besprochenen Schrift (S. 50) wird, gegen die Ausführungen von Adickes, festgestellt, daß die englische Justizverwaltung sehr wohl in der Lage sei, bessere Stellungen auch an Richter vergeben zu können: England sei auf dem besten Wege, seinen Richterstand immer hierarchischer, beamtenmäßiger und damit auch kontinentaler auszugestalten; den Richtern könnten und würden auch heute Titel und Orden seitens der Krone verliehen. Die gegenteilige, in der Literatur stets wiederholte Behauptung Gneists (vgl. oben S. 152) treffe jedenfalls für heute nicht mehr zu.

Besonderes Gewicht lege ich auf diese Einzelheiten nicht. Von Wert ist es mir aber gewesen aus Gerlands Schrift die Antwort auf eine Frage erhalten zu haben, die ich mir wiederholt gestellt hatte; ich meine die Stellnng der englischen Richter zur Politik! — Gerland schreibt: „Eines indessen ist in der Stellung der englischen Richter noch bemerkenswert, es ist das ihre politische Farblosigkeit. Der Richter soll unparteiisch sein, Politik ist Parteisache. Infolgedessen treibt der englische Richter keine Politik und ist auch nicht für das Parlament wählbar und die Richterlords und auch die Lordrichter pflegen — im House of Lords sich an politischen Aktionen nicht zu beteiligen." „Einem Engländer wäre es aber undenkbar, daß der Führer einer großen Partei zu gleicher Zeit Präsident eines hohen Gerichtes sein könnte. Allerdings wird der englische Richter in seiner politischen Farblosigkeit darin unterstützt, daß in politischen Prozessen die Verantwortlichkeit nie ihn, sondern stets die Jury trifft."

Ich stimme dem Verfasser schlechthin bei, wenn er meint, hier könnten wir von England lernen, aber ich bin nicht so zaghaft zu glauben, daß wir einen so wichtigen, so gemeinverständlichen Grundsatz ablehnen könnten, wenn wir einmal zum Neubau unserer Rechtspflege schreiten. Die Rechtspflege ist das einzige Gebiet staatlicher Tätigkeit, das den Ehrentitel des fundamentum regnorum unangefochten seit alters getragen hat. Wahre Gerechtigkeit soll sein und ist höchste Unparteilichkeit. Wem sollte es danach nicht ausgeschlossen erscheinen, daß die Träger der Gerechtigkeitspflege teilnehmen an den innerpolitischen Parteikämpfen unseres modernen Staatswesens, an den parlamentarischen Verhandlungen, die doch in erster Reihe nach der Machtstellung der „Parteien" entschieden werden. Macht- und Parteifragen haben mit Gerechtigkeit nichts zu schaffen. Das

Richtertum soll sich deshalb von ihnen fernhalten, damit es, für alles Volk erkennbar, rein bleibe auch nur von dem leisesten Vorwurfe einer Parteinahme nach irgend einer Seite hin. — Das sind nicht etwa übertriebene Zweckmäßigkeitsforderungen, es handelt sich vielmehr um selbstverständliches! Unser Richtertum aber können wir in dem Maße, wie es Not tut, nur dann erhöhen, wenn wir ihm die Türen zu den Parlamentssälen ein für allemal verschließen! Unser Richtertum selbst müßte in wohlverstandenem eigenem Interesse solch scharfe Scheidung von Rechtspflege und Parteipolitik aufs dringendste verlangen. —

Und der Durchführung solcher Auffassung stände in praxi keinerlei Bedenken entgegen, obgleich zur Zeit im Reichstage, wie in den Landtagen, bei uns Richter in großer Zahl an den Verhandlungen teilnehmen, zumal wenn weitgreifende Gesetzgebungsakte in Frage stehen. Warum sollte es nicht möglich sein, die wertvollen Kenntnisse der Richter in der Art auszunützen, daß eine Gruppe von Richtern mit der Begutachtung eines Gesetzgebungsvorschlages außerhalb der parlamentarischen Verhandlung betraut wird. — Doch auf die Formen kommt es nicht an, wenn nur der Grundsatz feststeht: „Richter sind weder für den Reichstag, noch für einen Landtag wählbar." — Alles übrige erledigt sich mit dem guten Spruche: „wo ein Wille ist, da ist auch ein Weg"! — —

Alles in allem hat mich der recht scharf gegen unsere Reformbewegung eintretende Vortrag nicht gerade überzeugt. „Nur aus der historischen Entwicklung" so bemerkt Gerland, „läßt sich das Urteil fällen, ob sich die englischen Einrichtungen nach englischer Auffassung bewährt haben oder nicht". Daran schließt sich weiterhin der Ausspruch: „Trotz des Ansehens, das die Gerichte haben, und das den einzelnen Männern,

nicht den Einrichtungen als solchen gilt, herrscht eben kein Vertrauen zu letzteren, deren Schwächen man immer mehr erkennt." — „Also die Engländer selbst glauben nicht an jenes Vertrauen, welches wir bei ihnen suchen." — „Der Handel geht in England nur in ganz großen, prinzipiellen Rechtsfragen vor Gericht", wendet sich regelmäßig an Schiedsrichter. „Und der Engländer selbst, namentlich der Jurist, sieht die Gerichtsflucht des Handels als ein Übel an, das zu bekämpfen ist." — Mit dem allen ist aber längst nicht der Beweis erbracht, daß die Adickessche Reformbewegung verfehlt sei!

Sind die Engländer mit ihren — wie gesagt, germanischer Anschauung entsprossenen — Justizeinrichtungen unzufrieden, so kann solche Unzufriedenheit sehr wohl auf Mißbräuche bei Handhabung ihres Justizwesens zurückzuführen sein — so scheinen denn auch die Dinge in der Tat zu liegen. — Ist etwa deshalb ausgeschlossen, daß wir dieselben germanischen Rechtsgedanken mit besserem Geschick und günstigerem Erfolge verwerten?

Überzeugt bin ich also durch Gerlands Vortrag nicht worden, vielleicht kann ich demnächst mein Urteil ändern auf Grund der von Gerland in Aussicht genommenen größeren Darstellung der englischen Gerichtsverfassung.

Von besonderem Interesse aber ist mir die Ausführung auf S. 18 und 19 des Vortrags gewesen: „der Friedensrichter ist zugleich Polizei und Richter in einer Person, wie denn überhaupt eine scharfe Trennung von Justiz und Verwaltung in England nie durchgeführt ist. Allerdings ist dabei nicht außer acht zu lassen, daß der entscheidende Gesichtspunkt stets der ist, daß der Friedensrichter Richter ist und als solcher auch bestimmte Verwaltungsfunktionen zu erfüllen hat. Denn allgemein bemerkt: das ist eines der charakteristischsten Merk-

male der englischen Rechts- und Staatseinrichtungen, daß die Justiz stets über der Verwaltung steht, daß die Rechtsauslegung stets in letzter Linie Sache der Gerichte ist, und daß es keinerlei Gebiet im Rechtsleben gibt, welches der endgültigen Entscheidung durch die Gerichte entzogen ist. Und diese sehr beachtliche Tatsache ist — eine der Hauptbedingungen für das Ansehen, dessen sich die Gerichte in England zu erfreuen haben." Die Folgerung ist zweifellos richtig, und — füge ich hinzu — es liegt doch ein stolzer, im besten Sinne des Wortes freiheitlicher Gedanke in solch absoluter Voranstellung der Gerechtigkeitspflege als Grundlage und Stütze des gesamten Staatswesens! An diesem Punkte brauchen wir nur schlechthin dem englischen Vorbilde zu folgen, — und die erstrebte Erhöhung unseres Richtertums wäre endgültig erreicht!

Hier, da meine Betrachtungen sich ihrem Abschlusse nähern, habe ich doch das Bedürfnis, mich auseinander zu setzen mit Stein, der in seinen geschickt und wirkungsvoll zusammengestellten Vorträgen folgende Ausführungen bringt (S. 6/7): die Ziele der heutigen Reformbewegung bedeuten „trotz allen Protestierens" doch innerhalb der gegebenen Möglichkeiten eine Nachahmung und Überpflanzung der englischen Rechtsgedanken. Wir werden diesem Versuche nicht etwa deshalb grundsätzlich entgegentreten, weil wir alles fremde, alles, was nicht auf nationalem Boden gewachsen ist, ablehnen müssen; und wir werden ihn nicht blindlings gutheißen, weil die Gedanken, die auf englischem Boden verwirklicht worden sind, im letzten Ende germanische Rechtsgedanken sind. Das eine wie das andere entspränge einer Denkungsweise, die deutschem Empfinden so fremd ist, daß wir nicht einmal einen deutschen Namen dafür haben, dem nationalen Chauvinismus. Der eine beruft sich

ebenso auf den „nationalen“ Gedanken wie der andere. Die Wahrheit wird vielleicht sein, daß wir dann im rechten und echten Sinne nationales Empfinden haben, wenn wir das beste was unserem Volke angemessen und nützlich sein kann, nehmen, wo wirs finden.“ — Das klingt nun freilich alles sehr ansprechend und einleuchtend, dazu auch sanft und „konziliant“. — Indessen, das was ich erwartet hatte, ein entscheidendes, klare Stellung weisendes Wort suche ich darin vergebens!

Wer ist es denn zuletzt, der darüber entscheidet, was als bestes unserem Volke angemessen und nützlich sein könne? Wir alle, auch wenn wir glauben, besonders unbefangen zu sein, urteilen doch stets der eine so, der andere just umgekehrt! Danach scheint es füglich ausgeschlossen, daß wir uns jemals über dasjenige einigen, was für unser Volk als „das Beste“ zu gelten habe. Solches Ergebnis aber als Ausgangspunkt für ein großes, wichtiges Reformwerk vermag gewiß nicht zu befriedigen. Da ist es denn unerläßlich, daß vor Eintritt in die verantwortliche Arbeit, wir — und koste es auch noch so viel Streit und Mühe — uns ehrlich einigen über die großen Grundgedanken, die unsere neu aufzurichtende Rechtspflege stützen sollen. Solch' sichere Unterlage wird, je nach Art und Wesen des in Frage kommenden Volkes, nicht gerade immer leicht festzustellen sein. Für uns aber im endlich und dauernd gereinigten deutschen Reiche ist die Aufgabe doch wohl nicht so schwer lösbar. Ich wüßte kein anderes Volk zu nennen, das so treu an seinem angestammten Rechte gehalten hätte, wie das unsere, — trotz aller gewaltigen Schwierigkeiten, die zu überwinden waren, wenn wenigstens die Erinnerung an „das alte Recht“ bewahrt werden sollte. Und weil ich in mehrjähriger eigener Arbeit mir selbst solche Auffassung erworben habe, so ist mir nicht zweifelhaft, wie wir vorzugehn, wo wir

anzupacken haben, wenn wir zuversichtlich an die Erneuerung deutscher Rechtspflege herantreten wollen! Nur die Geschichte unserer Rechtsentwickelung auf dem heute streitigen Gebiete kann in erster Reihe unsere Lehrerin sein. Dies aber dürfte doch umsoweniger bestritten werden, als die Gerichtsnot aus der wir heute herausstreben, einzig und allein hervorgerufen worden ist durch das seit bald 30 Jahren auf uns lastende, dem Empfinden unseres Volkes fremde Recht. Nicht nur ist uns unser altes Recht genommen gewesen in dieser Zeit, es kommt hinzu, daß statt seiner uns ein fremdes, keinerlei Zusammenhang mit dem unsrigen bietendes Recht aufgedrängt war. —

Sind diese Sätze, wie ich meine, richtig, dann ist auch der Weg für die Reformarbeit gewiesen, und wir haben Adickes dankbar genug dafür zu sein, daß er — sei es auch aus dem erstarrten heutigen englischen Rechtsleben heraus — uns zur Einkehr bei uns selbst gemahnt hat. Mein bescheidener Beitrag zur heutigen Reformbewegung beschränkt sich auf den Nachweis, daß die Adickesschen Reformvorschläge durchweg auf deutsche Rechtsgedanken gegründet sind, und in dieser Erkenntnis allein habe ich mich der jetzigen Bewegung angeschlossen.

Wenn Stein in seinen oben wiedergegebenen Ausführungen die von mir hervorgehobene entscheidende Frage nicht, oder doch nicht sicher beantwortet, so trage ich nach dem Gesagten keinerlei Bedenken, folgende Leitsätze aufzustellen:

Wir haben die Reform selbständig vorzunehmen, ohne unmittelbare Anknüpfung an unsere heutigen Institutionen in Gerichtsverfassung und Rechtsgang. Wir haben auf die geschichtlichen Erfahrungen zurückzugehn, um die bewährten Grundgedanken deutsches Rechtes zu Tage zu fördern und wieder zur

Geltung zu bringen. Wir haben im Zweifel, wenn nicht die gewichtigsten Gegengründe gegeben sind, mit Sorgfalt zu prüfen, ob nicht doch in den uns unbrauchbar erscheinenden Rechtsgedanken älterer Zeit ein noch jetzt verwertbarer tüchtiger Kern stecke. Kurz gesagt, wir haben pietätvoll, in Ehrfurcht vor unserer Rechtsvergangenheit, nach jenem „Besten für unser Volk" zu suchen; und sicher wird die Ausbeute lohnend sein!

Als erste Grundlage könnten nach meinem Dafürhalten sehr ergiebig sein die zahlreichen partikularen Prozeßordnungen, die der Aufschwung des Deutschen Gerichtswesens während der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts entstehen ließ. Jener Zeit wäre das feste Gerüste zu entlehnen, an das sich weiterhin die Einzelgestaltung schließen müßte. Zuletzt kämen dann die guten und schlechten Erfahrungen der jüngst vergangenen Zeit in Betracht, samt den neuesten Errungenschaften (die österreichische Prozeßordnung von 1895!). —

So etwa würde sich der Arbeitsplan gestalten.

Die zu erstrebenden Ziele ließen sich vielleicht, wie folgt zusammenfassen:

Die Gerichtsverfassung.

1. In erster Instanz durchweg gleichgestellte Einzelrichter. Sämtliche Streitsachen, ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes werden in der ersten Instanz anhängig gemacht.

2. Die Berufungskammern sind regelmäßig mit nur zwei Richtern besetzt. Sind diese verschiedener Meinung, so wird ein dritter Richter hinzugezogen.

3. Die erforderlichen Reichsgerichts-Senate werden mit nur drei Richtern besetzt.

Sondergerichte erster und zweiter Instanz sind nicht ausgeschlossen, sind aber demselben Gebührentarif unterworfen, wie die ordentlichen Gerichte.

Für die nicht vermögensrechtlichen Streitsachen werden besondere Gerichte erster, zweiter und dritter Instanz gebildet.

Grundzüge des Gerichtsverfahrens.

1. Der Anwaltzwang wird beseitigt, abgesehen nur von den Verhandlungen vor dem Reichsgerichte.

Die Parteien dürfen sich vor sämtlichen Gerichten durch Anwälte vertreten lassen, soweit nicht in bestimmten Streitfällen persönliches Erscheinen der Parteien vorgeschrieben ist.

2. Es wird nur eine Tatsacheninstanz gewährt, und das zwar vor dem erstinstanzlichen Einzelrichter; die Berufungsgerichte haben regelmäßig nur die Überprüfung der Rechtsentscheidung vorzunehmen. Neues Tatsachenmaterial und neue Beweismittel werden nur zugelassen, wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie solches Streitmaterial ohne ihr Verschulden in erster Instanz nicht vorzubringen vermocht habe.

3. Für das Reichsgericht bleiben die Bestimmungen des Gesetzes vom 5. Juni 1905 in Kraft.

„Dem Reichsgerichte muß die Möglichkeit gegeben werden, nur so viele Streitsachen zu entscheiden, als es in eindringlicher und weit ausschauender Weise bewältigen kann.“ Die Beschränkungen der Revision, wie wir sie begonnen haben, sind nach Erfordernis künftig zu steigern. Ich weiß an diesem Punkte nur schlechthin Stein (S. 91) beizutreten.

4. Die Verhandlungsmaxime wird beseitigt. Dem Richter steht das Recht freier Wahrheitserforschung zu, soweit nicht durch das Gesetz Einschränkungen gegeben sind.

5. Es gilt freie Beweiswürdigung. Gerichtlicher Eid in seinen verschiedenen Gestaltungen, insbesondere auch der Zeugen- und Sachverständigeneid werden beseitigt. Als Übergangseinrichtung wird einstweilen nur beibehalten die Vernehmung der Parteien, wie solche im österreichischen Rechte auf Grund der Prozeßordnung vom 1. August 1895 durchgeführt wird. — Danach kann also äußersten Falles der Rechtsstreit entschieden werden auf Grund des der einen Partei nach völlig freiem Ermessen des Gerichts aufzuerlegenden „richterlichen Eides".

6. Im übrigen sind die gesamten Verhandlungen der Parteien vor dem Gerichte der durchgreifenden Wahrheitspflicht unterstellt.

7. Der Prozeßbetrieb durch die Parteien ist tunlichst einzuschränken; insbesondere hat die Rechtsmittelfrist zu beginnen mit Zustellung der schriftlichen Urteilsausfertigung seitens des Gerichts an die Parteien.

8. Die Zwangsvollstreckung ist mit Anlehnung an die jetzigen Bestimmungen des österreichischen Rechts neu zu ordnen.

Nun habe ich seit reichlich zehn Jahren, soweit meine Lehrtätigkeit mir Raum dazu ließ, gesucht, die zahlreich auftauchenden Vorschläge zur Verbesserung unserer bürgerlichen Rechtspflege auf ihre Zweckmäßigkeit und Verwertbarkeit zu untersuchen, über die sich kreuzenden Bestrebungen nach Ursprung und Ziel mir ein Bild zu machen, — und immer wieder stehe ich vor dem leidigen Ergebnisse, daß wir im deutschen Reiche mit unserer Ziviljustizpflege in argem Rückstande sind. Nach meiner festen Überzeugung liegt der Fortschritt auf diesem so überaus wichtigen Gebiete der Staatstätigkeit schlechthin in der österreichischen Gesetzgebung, die von

Franz Klein mit kühnem Wurfe begonnen und danach mit Kraft und Zähigkeit durchgeführt wurde.

Derart freimütige Anerkennung „österreichischer“ Leistungsfähigkeit hört man bei uns im Deutschen Reiche nicht gern, und wenn ich soeben die österreichische Prozeßordnung vom 1. August 1895 als Vorbild für uns hinstellte, so weiß ich zur Genüge, daß meine Feder wieder einmal auf ein vollgerütteltes Maß von Einwendungen, Vorwürfen und Anklagen verschiedenster Art zu rechnen haben werde. —

Das ist eine Äußerung allgemeiner Menschenschwäche: niemand mag eben gern zugestehn, daß sein nächster Nachbar Besseres geleistet habe, als er selbst. Aber eine derartige Anwandlung von Schwäche ist übel angebracht bei dem, der sich seit geraumer Zeit in unbefriedigender Lage befindet und doch nicht zu eigenem frischen Entschluße zu gelangen vermag.

Und so steht es bei uns im Reiche seit Jahren schon und auch heute noch immer!

Da durfte es mir doch wohl wie eine Erlösung erscheinen, wie eine ernste Mahnung in letzter Stunde, als Franz Adickes seinen weithin hörbaren „Alarmruf“ erschallen ließ! Nun regte sich doch wieder endlich einmal Leben auch dort, wo bisher nur dumpfe Stagnation geherrscht hatte, genährt an technisch-juristischer Klügelei einerseits und andererseits an einer starren Theorie, die sich und uns genug getan zu haben glaubte, wenn sie gewaltsam jede neue Lebensregung niederschlug, um schleunigst wieder auf den vor Jahrhunderten eingeheimsten — heute längst vergilbten Lorbeeren gemächlich auszuruhn.

Mich drückt das Gefühl, als ob wir manches versäumen könnten, was sich erst nach Jahren einholen ließe, wenn wir nicht heute uns alle zusammenscharen, um allermindestens

den Weg abzustecken, den wir unweigerlich zu beschreiten haben, wenn wir das hohe Ziel gesunder, befriedigender, volkstümlicher Rechtspflege erreichen wollen.

Bisher hat die Adickessche Bewegung in der Hauptsache eine tiefgreifende Umgestaltung urserer fremdrechtlichen Gerichtsverfassung erstrebt. Mehrfach ist nach dieser Richtung hin auch bereits eine sehr erfreuliche Einigung erlangt worden. Aber über solchem Erfolge dürfen die auderen Aufgaben nicht vergessen werden, die der Lösung harren! Gerichtsverfassung einerseits und Rechtsgang andererseits sind Gebiete, die nur im Zusammenhang, in ihrem fortwährenden Ineinandergreifen recht verstanden und sachgemäß geordnet werden können.

So kam ich dazu, einige Hauptgrundsätze zusammenzustellen, die nach unserer heutigen Auffassung der Rechtsgang nicht länger entbehren kann: den Beweis liefert die österreichische Prozeßordnung v. J. 1895.

Und kleinlich genug wärs, wenn wir uns scheuen wollten, den guten Gedanken der moderneren Nachbargesetzgebung einen Platz im künftigen reichsdeutschen Rechtsgange vorzuenthalten! Österreichs Prozeßreformator hat reichlich gewußt, unsere, nicht gerade günstigen Erfahrungen an der Reichszivilprozeßordnung zu verwerten, vielfach hat er auch, wenigstens nach der technischen Seite hin, das Vorbild von uns empfangen. Heute, da wir unsere Rechtspflege erneuern wollen, haben wir wahrlich ein gutes Recht, heimzubringen, was uns angesichts des österreichischen Rechtsganges zweckmäßig, gesund, erstrebenswert erscheint.

Vergessen wir doch nicht, daß Österreich, trotz seiner Völkermischung, uraltes deutsches Rechtsgebiet ist — just ebenso wie unser Deutsches Reich. Muß es da nicht natürlich und für beide Teile hocherwünscht sein, in wechselseitigem Gedankenaustausch das hohe Gut, das beide Völker aus der Vergangenheit

gleichmäßig überkommen haben: unser beider nationales Recht treu zu erhalten und sorgfältig, entsprechend der neuen Zeit weiter zu bilden!

Es ist das ein idealer Gedanke, von dem ich nimmer lassen möchte! Unser gemeines nationales Recht hatte nicht die Gepflogenheit, auf die Farbe der Grenzpfähle Rücksicht zu nehmen. Die Lehre haben wir aus dem deutschen Mittelalter überkommen. Und das gleiche gilt für die Nikolsburg-Prager Grenzziehung: Österreich, wie das Deutsche Reich, dürften bei solch gemeinsamer und deshalb doppelt fruchtbarer Arbeit am nationalen Rechte — hüben und drüben gleichberechtigt — im edelsten Sinne verwirklichen das schöne Wort meines unvergeßlichen Lehrers Heinrich von Treitschke:

„Was Du auch tun magst, um reiner, reifer, freier zu werden, — Du tust es für Dein Volk!“

Anmerkungen und Ergänzungen.

(Die in Klammer neben die fetten Ziffern gestellten Zahlen verweisen auf die Seiten zurück.)

1. (3) Iherings Jahrbücher für die Dogmatik usw., Band 23, 1885, S. 339, 340.

2. (4) O. Bähr, Die Prozeß-Enquete des Prof. Dr. Wach, Kassel 1888, S. 41. (Mit dem Motto: „Freude war in Trojas Hallen, Eh' die hohe Veste fiel".)

3. (4) A. Wach, Die Zivilprozeßordnung und die Praxis, Leipzig 1886.

4. (5) J. C. Schwartz, Die Novelle vom 17./20. Mai 1898 und die künftige Zivilprozeßreform, Berlin 1902, S. 59—83.

5. (7) Wach, Die Justiznovelle, D. J. Z. 1908, Sp. 10. Vgl. dazu D. J. Z. 1907, Sp. 1170 ff.: E. Heinitz, Zur Reform des Zivilprozeßrechts.

6. (8) Wach fügt in dem vorstehend (Anm. 5) bezogenen Aufsatze auch noch höchst abfällig hinzu: „wer in der Rechtsordnung dem Staatsleben festen guten Boden geben will, muß die Experimentierlust zügeln. Wer in diesen Dingen gerecht urteilen will, muß sie kennen. Und wer sie kennt, wird anders urteilen. Von England kann man warten lernen". — Ja freilich, und zugleich, wieviel beim unaufhörlichen Warten erstarrt, und wie wenig an frischem, neuem Leben dabei erreicht wird! —

7. (8) Ich verlasse mich hier auf die Richtigkeit des Referats in der „Täglichen Rundschau" vom 24. November 1907.

8. (9) K. Hellwig. Justizreform. Berlin 1908.

9. (9) Der österreichischen Prozeßordnung vom 1. August 1895 kommt das nicht geringe Verdienst zu, an diesem wichtigen Punkte energisch Wandel geschafft zu haben: § 178 des Gesetzes lautet: „Jede Partei hat in ihren Vorträgen alle im einzelnen Falle zur Begründung ihrer Anträge erforderlichen tatsächlichen Umstände der Wahrheit gemäß vollständig und bestimmt anzugeben, die zur Feststellung ihrer Angaben nötigen Beweise anzubieten, sich über die von ihrem Gegner vorgebrachten tatsächlichen Angaben und angebotenen Beweise mit Bestimmtheit zu erklären, die Ergebnisse der geführten Beweise darzulegen und sich auch über die bezüglichen Ausführungen ihres Gegners mit Bestimmtheit auszusprechen". In einer Reihe von Paragraphen werden Mutwillenstrafen bis 300 Gulden (dem Armenfonds zufließend) angedroht. „Findet" ferner „das Gericht, daß die unterliegende Partei offenbar mutwillig Prozeß geführt hat, so kann es dieselbe auf Antrag der siegenden Partei zur Leistung eines entsprechenden Entschädigungsbetrages verurteilen". § 408. Bei Bestimmung des Entschädigungsbetrages ist dann nach § 273 das Gericht, wenn Beweis nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erbringen ist, berechtigt nach freier Überzeugung den Entschädigungsbetrag festzusetzen.

Im übrigen habe ich nur hinzuweisen auf Hellwigs treffliche Ausführungen über die Wahrheitspflicht im § 71, Band 2 seines Lehrbuchs. Ich vermag auch nicht zuzustimmen, wenn K. **Schneider** (Treu und Glauben im Prozeß) aus der Fassung des § 178 der österreichischen Prozeßordnung entnimmt, daß nur die Wahrheit eigener Angaben gefordert sei; fremde Angaben wider besseres Wissen abzuleugnen sei nicht verboten; vgl. Hellwig a. a. O., S. 43, not. 11.

Heinrich Degenkolb hat bei uns das Verdienst, schon vor fast 30 Jahren und danach wiederholt, — wenn auch recht einsam — für die Wahrheitspflicht der Prozeßparteien gekämpft zu haben: „Das Prozeßrecht löst sich in den trostlosesten Formalismus auf, es verliert seine wahrhaft ethisch rechtliche Substanz, wenn man nicht in das Prozeß**recht** selbst das Gebot subjektiver Wahrhaftigkeit als ein an beide Parteien ge-

richtetes Gebot hereinzieht: „Einlassungszwang und Urteilsnorm", Tübingen 1877, S. 43. In der Schrift: der Streit über den Klagerechtsbegriff, Leipzig 1905, S. 62, 63, wird vom selben Verfasser betont: die für beide Parteien geltende Pflicht ehrlichen Prozessierens, oder, in vorsichtigerer Fassung, die Pflicht zur Unterlassung unehrlichen Prozessierens. — „Freilich wird, wo äußeres Behaupten vorliegt, nicht inquisitorisch nach dem Bewußtsein des Behauptenden gefragt. Allein dies ist lediglich ein Gebot der Praktikabilität. — Nur um so energischer ist dieser äußerlichen Legitimation gegenüber an der Pflicht subjektiver Wahrhaftigkeit festzuhalten" so in der ersterwähnten Schrift a. a. O.

Es ist gewiß nicht verwunderlich, wenn Franz Klein, Vorlesungen über die Praxis des Zivilprozesses, Wien 1900, S. 12 berichten kann, daß die Prozeßsitten sich besserten. „Bei einem Gerichte in den Alpen mit einer sehr streitliebenden Bevölkerung nimmt — um ein charakteristisches Beispiel zu geben — die Zahl der Streitsachen seit dem vorigen Jahre beträchtlich ab. Die Bevölkerung war gewohnt, sich durch den Prozeß längere Zeit in Aufregung zu halten, auf Schikanen zu sinnen. Das ist nun vorbei. Die Sache ist, kaum begonnen, schon wieder zu Ende — die Entschädigung wegen mutwilliger Prozeßführung beginnt allmählich Wurzel zu fassen — und man erblickt darin heute schon eine praktische und zweckentsprechende Sühne.

10. (15) So heißt es denn auch in der kursächsischen Gerichtsordnung von 1622 IV § 1: „Alldiweil die Citation das erste Fundamental-Stück des Processus: So werden sich die Gerichte und Gerichts-Notarien hierbey um so viel desto mehr in Acht nehmen, und die Citationes — also stylisiren und formalisieren, wie es die Rechte erfordern, und damit Citatus jedesmal, wozu er eigentlich vorgeladen sey, wissen möge". Danach erst, V § 1, handelt das Gesetz von der Klage.

11. (19) Nach dieser Richtung hin ist nicht genug zu empfehlen das Studium des überaus fleißigen, umfassendes geschichtliches Material liefernden Werkes von Adolf Weißler

(Rechtsanwalt und Notar zu Halle a. S.): Geschichte der Rechtsanwaltschaft, Leipzig 1905. Die Darstellung der Anfänge des Anwaltswesens auf deutschem Boden, des Fürsprechertums, ist nicht überall frei von Irrtümern: sieht doch der Verf. im „Gerichtsvorsprecher" den Rechtsgutachter, den Rechtweiser auch dem Gerichte gegenüber, eine Auffassung, die mir nicht haltbar erscheint. Aber auch dort, wo der Verf. irrt, versöhnt sein wackerer, offen bekundeter Idealismus. Weißler hat den Mut gehabt, gegen das Dogma der „freien Advokatur" Bedenken zu erheben. Und auf S. 615 schreibt er: „in der glücklichen und angesehenen Stellung der preußischen Rechtsanwaltschaft vor 1879 sind wir nicht mehr. — Soll es nicht den Versuch gelten, sie wieder zu gewinnen durch Rückkehr zur geschlossenen Amtsverfassung, unter voller Aufrechthaltung unserer Unabhängigkeit von der Staatsgewalt und Vermeidung jeder Willkür bei der Zulassung? Sollte nicht das Dogma von der freien Advokatur heute schon etwas erschüttert sein?" Vgl. im einzelnen meine Besprechung des Weißlerschen Buches in der Kritischen Vierteljahrsschrift, 1905, S. 489—525.

12. (24) Richard Schmidt schreibt in der Vorrede zur 2. Auflage seines Lehrbuchs des deutschen Zivilprozeßrechts: „tatsächlich ist die Lage unseres nationalen Prozeßrechts bedrohlich genug". Und doch weiß Schmidt besser als mancher andere, — vgl. § 14 seines Lehrbuchs, — daß wir seit 1879 unter frisch importiertem französischem Prozeßrechte leben. Auch das ist einem sorgfältigen Beobachter wie Schmidt nicht entgangen, daß uns der französische Schuh je länger desto schmerzhafter drückt. — Der Widerspruch löst sich, sobald man wahrnimmt, daß Schmidt mit dem Worte „national" einen anderen Begriff verbindet, als denjenigen, den man gemeinhin in das Wort legt. Gerühmt wird in der Vorrede zum Ergänzungsheft der ersten Auflage des Lehrbuchs S. IV das ehrliche Streben der Italiener „bei allem Fortschritt gerade den germanischen Grundgedanken, die gesetzliche Ueberwachung des Gerichts zu erhalten". An diesem Maße gemessen füge sich das (heutige) deutsche Recht dem deutschen Verfassungsstaate am besten ein.

Aber wird mit solchen Ausführungen nicht feststehenden Ausdrücken Gewalt angetan? Und hat das germanische Gerichtswesen in der Tat als beherrschenden praktisch wirksamen Rechtsgedanken nur diese rein negierende Lehre zu Tage gefördert? Das wäre freilich wenig genug!

13. (27) Gerade darin aber erblicke ich das Verdienst der Abickesschen Reformbewegung, daß sie mit bewunderswerter Sicherheit überall an nationale Gedanken (in der üblichen Bedeutung) anknüpft.

14. (28) Wach schreibt im Handbuch S. 135: „Das französische Recht konservierte in — seinen Grundsätzen altüberlieferte, bis auf die fränkische Wurzel zurückführende germanische Gedanken. Auf sie also strebte man zurück, als man bei dem französischen Recht die Anleihe zur Reform des deutschen Prozesses machte".

Ob nicht Wach doch hier zu leicht hinweg geht über die tausend Jahre die seit Ablösung des deutschen Staats vom fränkischen Reiche vergangen sind und über die so ganz entgegengesetzte Entwicklung der beiden Völker in diesem Zeitraum?

14. (30) „Hier, wie auch sonst in unserem Rechtsleben, heißt es: selbst ist der Mann; wir wollen uns unser Haus nach unserer Eigenart bauen". Wach, die Justiznovelle D. J. Z. Sp. 13 unten. — Unsere „selbständigen" Bauunternehmungen haben sich indessen bisher nicht gerade sonderlich bewährt!

15. (32) vgl. O. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I, 1895, S. 21.

16. (44) J. W. Planck, das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. Nach dem Sachsenspiegel und den verwandten Rechtsquellen. Bd. I, S. 87 ff.

17. (44) Johann Christoph Schwartz, die Mitarbeit unserer Städte am deutschen Zivilprozeß: Preußische Jahrbücher Bd. 94, S. 46 ff.

18. (47) Daß andererseits solche stadtrichterliche Tätigkeit dem damit betrauten Ratsmitgliede oft zu schwerer Last werden

mochte, entnehme ich einem mir vorliegenden, am 19. März 1779 an den Justizbürgermeister von Dorpat, Friedrich Konrad Gadebusch gerichteten Briefe des baltischen Rechtshistorikers, Bürgermeisters zu Riga Johann Christoph Schwartz (vgl. Allgemeine Deutsche Biographie, Bd. 33, 1891, S. 210—212. Verf. H. Diederichs). Schwartz schreibt u. a., daß er in seinen häuslichen Gerichtsarbeiten (Aktendurchsicht, Abfassung der Urteile) „durch den immerwährenden Anlauf der Parten — sowohl in den Frühstunden des Morgens als auch Nachmittags und bisweilen bis in den späten Abend gestöhret und unterbrochen werde". —

Ich selbst kann nur bedauern, daß eine so zweckmäßige würdige und versöhnende altväterliche Gerichtsinstitution für immer verschwinden mußte als wir die Nivellierung unseres reichsdeutschen Gerichtswesens vornahmen.

19. (48) Zur Justizreform, 6 Vorträge von Fr. Stein.

20. (50) Vgl. hierzu die Bemerkung bei Wetzel § 48, Anm. 10 auf S. 193 des Textes oben Z. 5 und den Schlußsatz auf derselben Textseite unten.

In der Zivilprozeßordnung für das Herzogtum Braunschweig v. 19. März 1850 lautet § 102: „Jede Entscheidung ist mit Gründen abzugeben". Das Gesetz für das Herzogtum Oldenburg, den bürgerlichen Prozeß betreffend, schreibt im Art. 124 vor: „Einem jeden Urteile sollen in der Regel die Entscheidungsgründe beigefügt werden. Die Gründe einer jeden sonstigen gerichtlichen Verfügung sollen, wenn sie derselben nicht beigefügt sind, den Parteien auf Verlangen mitgeteilt werden". Renaud im Lehrbuch, 1873, S. 451 berichtet: „Die Aufnahme von Entscheidungsgründen in die das Dekret enthaltende Urkunde gehört nicht zur Form der gerichtlichen Verfügungen, selbst nicht derjenigen, welche sich als Urteile qualifizieren. Partikularrechte verlangen jedoch die Beifügung der Entscheidungsgründe bei Entscheidungen überhaupt, oder doch bei Urteilen, oder bei Endurteilen, Beweiserkenntnissen und einfachen rejektorischen Dekreten, oder nur bei Endurteilen".

21. (59) Der Friedensrichter in Frankreich entscheidet in Zivilsachen, wenn Fahrnisstreitigkeiten in Frage stehen, als einzige Instanz, sofern der Wert des Streitgegenstandes den Betrag von 100 Fr. nicht übersteigt; das Bezirksgericht wiederum ist erste und letzte Instanz für Fahrnisstreitigkeiten über Wertbeträge von 200—1500 Fr.

22. (62) Oft genug bringt noch unsere heutige Lehre den Gedanken zur Geltung, daß der Zivilprozeß ein „Kampfesrecht“ darstelle, dem das ethische Moment nicht einzufügen sei; — und immer wieder kann ich nur darauf hinweisen, daß unseren Altvorderen eine solche Vorstellung fremd war. Bethmann-Hollweg erzählt in seinem Berichte über den Diözesanstreit von Siena und Arezzo (Zivilprozeß Bd. 4, S. 547): „Der Bischof von Arezzo beruft sich auf den geführten Beweis; dadurch sei sein Recht festgestellt und es könne ihm rechtlich nicht entzogen werden. Hierauf folgt eine feierliche, vom König mit seinen Beisitzern an den beklagten Bischof von Siena gerichtete Aufforderung, die Wahrheit zu bekennen, damit sie die Sache ohne Sünde entscheiden könnten“. Es ist dies, so fügt Bethmann-Hollweg hinzu, ein merkwürdiger Beleg für die tiefe sittliche Auffassung des Rechtsstreits und des richterlichen Urteils bei den Germanen.

23. (66) Es kommen in Betracht die Vorschriften der §§ 240—244. Vgl. Ad. Leonhardt, „Allgemeine bürgerliche Prozeßordnung für das Königreich Hannover“, Hannover 1848. Die Regierungsmotive führen aus: Das sog. beneficium novorum — bedarf notwendig der Aufstellung fester Grundsätze. Ganz kann es nicht entbehrt werden, wenn nicht einerseits — der Restitution gegen rechtskräftige Erkenntnisse ein zu weites Feld eingeräumt, andererseits die schuldlose Partei den größten Härten ausgesetzt werden soll. Dagegen ist auch eine zu bedeutende Erweiterung jener Befugnis nicht ohne Gefahr, mindestens wird die Behauptung, ein rechtzeitiges Anführen bekannt gewesener Tatsachen nicht für diensam erachtet zu haben, niemals genügen

können, um den letzteren zu einer Zeit, da ihr Vorbringen längst versäumt worden, einen Eingang zu gewähren. Der Entwurf geht vielmehr von dem Grundsatze aus, daß das neue Vorbringen da statthaft sei, wo eine eigentliche Versäumung garnicht eingetreten war, oder wo die Partei gegen diese letztere eine prätorische Restitution mit Recht begehren kann. Wann das letztere eintritt, muß die Beschaffenheit des einzelnen Falles ergeben. — Die damalige hannoversche Gesetzgebung war also dem novum judicium in der Berufungsinstanz wenig geneigt!

24. (72) Brunner, Rechtsgeschichte I, S. 253.

25. (72) Brunner, eod.

26. (73) von Bethmann-Hollweg Bd. IV, S. 24, 25.

27. (73) O. Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. I, S. 112.

28. (75) Capitular Ludwigs I. von 818/9. Brunner, Rechtsgeschichte Bd. II, S. 352. — Karl der Große „erklärt es für eine Verletzung der Treupflicht, wenn jemand gewohnheitsmäßig das Wort für andere führt, um das Recht zu verkehren und Parteien, die des gerichtlichen Wortes minder kundig sind, zu unterdrücken. Schwachen und Unkundigen soll das Gericht aus seiner Mitte einen Wortführer bestellen. Im Bedürfnisfall kann mit Erlaubnis des Gerichtes ein vertrauenswürdiger und sachkundiger Mann als Vorsprecher bestellt werden". Brunner Bd. II, 352, Anm. 19; 353, Anm. 20.

29. (76) H. Paul, Grundriß der germ. Philologie, Abschnitt „Recht" von Karl von Amira, S. 192.

30. (77) J. W. Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren, Bd. I, S. 281.

31. (79) Brunner, Bd. I, S. 253, Anm. 4 vgl. G. Homeyer: über die Formel „der Minne und des Rechts eines andern mächtig zu sein;" Abh. der Königl. Akademie der Wissenschaften zu Berlin 1866/67.

32. (83) Würtemberg, Hofgerichtsordnung v. J. 1654 Tit. X, § 11 und Tit. XXIV, § 11.

33. (84) mehr als hundert Jahre mußten verfließen, bevor eine deutsche Gesetzgebung, — die österreichische v. J. 1905 — wieder den Weg zurück fand zu den von Suarez und von Carmer einst gesteckten Zielen!

34. (98) Karl Adolf Schmidt, vormals Oberappellationsrat zu Rostock, hat in seiner tüchtigen Arbeit: „die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland", Rostock 1868, die kleine, im Dialekt vollends behagliche Anekdote aufbewahrt (a. a. O., S. 127, Anm. 1).

35. (105) Unter dem Namen Erwin Kruse hat der verstorbene Justizrat Julian Goldschmidt die im Text benannte Schrift veröffentlicht, vgl. Adickes Grundlinien S. 12.

36. (107) „In der Hand der Vertreter der Advokatur im 16. und 17. Jahrhundert hätte es gelegen, diesem Berufsstande in Deutschland die idealere Würde zu wahren, mit der ihn von der wissenschaftlichen Seite das römische, von der ethischen Seite das alte deutsche Recht bekleidet hatte. Allein solcher Aufgabe waren die Juristen jener Zeit nicht gewachsen. Der Wunsch, durch vollständigen Einfluß auf den Gang des Prozesses Vorteil zu erzielen, brachte den Advokatenstand bald dazu, nach Übernahme auch der niederen Prokuraturdienste zu trachten. Diese Vereinigung war gesetzlich nicht verboten und konnte prinzipiell wohl auch kaum verboten werden, während umgekehrt die geringer qualifizierten Prokuratoren als solche noch keineswegs berechtigt waren Advokatentätigkeit zu üben" (nur beim Reichskammergerichte stand die Prokuratur voran). „Allmählich flossen so gewohnheitsmäßig Prokuratur und Advokatur zusammen. Die Vereinigung beider Tätigkeiten in einer Hand bildet für Deutschland schließlich die feste Regel, — ein Zustand, der sicher dem deutschen Gerichtswesen nicht zum Segen gereicht hat. Denn der Advokatenstand, ursprünglich gedacht als ein Kreis wissenschaftlich hochstehender Männer, die ihre Ehre darin setzten, den Parteirechten durch Klarlegung und Durchdringung des Stoffs möglichst objektiv vor dem Richter Geltung oder doch wenigstens gebührende Berücksichtigung zu sichern, jener Stand, der so

Mitarbeiter des nach Gerechtigkeit strebenden Gerichts (gleich dem alten Fürsprecher) sein sollte, er mußte notwendig in der allgemeinen Wertschätzung auf die niedrigere Stufe der Prokuratur herabsinken; es war eben unvermeidlich, daß bei der Verbindung das edlere Element die Einbuße erlitt, das handwerksmäßige Geschäft, auf dessen Seite der größere Geldgewinn lag, den Ausschlag gab" (meine Schrift 400 Jahre deutscher Zivilprozeßgesetzgebung, 1898). —

37. (108) so O. Bähr, „Das Rechtsmittel zweiter Instanz im deutschen Zivilprozeß", Jena 1871, S. 43.

38. (109) vgl. meine Schrift „Die Novelle vom 17./20. Mai 1898 und die künftige Zivilprozeßreform", Berlin 1902, S. 102 ff.

39. (111) „Die neue Justizgesetzgebung des Königreichs Württemberg", Bd. II Abschn. 3, Zivilprozeßordnung, Motive, Stuttgart 1869, S. 4 und 5.

40. (112) Es können von der Partei sofort dem Anwalt gegenüber wirksam nur widerrufen oder berichtigt werden: Geständnisse und andere tatsächliche Erklärungen, Stein zu § 85 läßt auch Widerruf von Erklärungen über Eidesannahme und Eidesverweigerung zu: das ist bereits ausdehnende Auslegung, nicht ausdrücklich im Gesetz gewährt.

41. u. 42. (113) Sehr scharf spricht sich Bellot — er war selbst einst Avocat gewesen — gegen den Anwaltzwang aus: „A Dieu ne plaise que je veuille calomnier l'ordre auquel je m'honore d'appartenir. Mais je le demande, qu'on me reponde avec franchise, quelque véracité que nous supposions dans l'Avocat qui porte la parole, l'exposé des faits, dans sa bouche, conservera-t-il toujours cette rigoureuse exactitude de détail, et cette fidélité dans les nuances, qui peuvent seules rendre la verité de chaque objet? ne cherchera-t-il jamais à dissimuler le côté faible, à revêtir des couleurs de la vraisemblance les assertions les plus hasardées?

En faisant abstraction de ce que l'art peut ajouter ici à l'illusion, la légèreté de l'Avocat a recueillir les faits, son

défaut d'intelligence ou de memoire pour les saisir ou les retenir, l'infidélite de son client à les lui transmettre, seront toujours dans la narration contradictoire des parties, autant de causes d'une divergence qui ne cessera qu'en ecartant le milieu qui la produit.

Mettez les parties en présence devant le Juge; obligez-les à exposer elles-mèmes les faits, dans leur simplicité, à leur manière; exigez qu'elles répondent de leur propre bouche, sans préparation, aux questions qui leur seront adressées; recourez, si vous en entrevoyez l'utilité, à l'expedient de les interroger séparément et de les confronter ensuite; et vous verrez bientôt les nuages se dissiper, les faits s'éclaircir, la vérité se montrer en tout son jour, soit que les parties de bonne foi, divisées par un malentendu, n'eussent besoin pour s'accorder, que d'une intervention impartiale et eclairée, soi que la pénétration du Juge ait reconnu la mauvaise foi de l'une d'elles à travers ses reponses évasives.“ (Exposé des motifs Titre XIII, S. 64, 65).

Zweierlei fällt auf in den lebendigen Ausführungen des genfer Gesetzgebers: ein Mal wird nirgends berührt, daß unter Umständen die Heranziehung von Rechtsanwälten, mindestens in schwierigen Fällen erwünscht sein könne. Bellot wußte eben aus eigener Erfahrung, daß die Parteien selbst zu beurteilen vermögen, ob sie nach Bedeutung und Kompliziertheit des Streitfalles besser tun einen gelehrten Vertreter zu bevollmächtigen: das reguliert sich überall von selbst. Es war ein Irrtum, wenn man bei Beratung der Z. P. O. annahm; für ein auf „Unmittelbarkeit“ beruhendes Verfahren sei „Anwaltzwang“ unentbehrlich.

Andererseits denkt sich Bellot den von den Parteien selbst geführten Prozeß nicht anders gestaltet als den Anwaltsprozeß. —

Die Lösung des anscheinenden Widerspruchs ergibt sich aus der richtigen Auffassung, daß die des Anwalts entbehrende, unbeholfene Partei auf Führung und Unterstützung durch den Richter zu rechnen habe.

Auffallend aber ist, daß Bellot — doch wohl aus der preußischen A. G. O.? — die getrennte Befragung der Parteien mit nachfolgender Konfrontation übernommen hatte.

43. (113) Hahn-Stegemann, Materialien zur Zivilprozeßordnung, Berlin 1881, S. 1210, 1211.

44. (114) Freie Advokatur. Die erste Forderung aller Justizreform in Preußen. Berlin 1867.

45. (123) Glasson, Précis, Paris 1902, bemerkt zum Gesetz vom 3. Brümaire d. J. II, betr. die öffentliche Stimmabgabe der Tribunalrichter: „Les juges perdirent une partie de leur liberté? des altercations scandaleuses se produisirent entre le public et eux et on s'empressa de renoncer à un système qui avait manifestement échoué. — Es ist mir nicht recht verständlich was Glasson hier meint, man hätte doch unschwer skandalösen Wortwechsel zwischen Gerichtsmitgliedern und ungebildeten Zuhörern durch Entfernung der letzteren aus dem Gerichtssaal verhindern können?

46. (125) Anselm Ritter von Feuerbach, Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Gießen 1821. Feuerbach schreibt S. 114 ff. mit Anlehnung an Wielands Abderiten: „Seit undenklichen Zeiten war es bei dem Stadtgericht zu Abdera Observanz, das gutachtliche Urteil des Referenten, wie es auch beschaffen sein mochte, jedesmal entweder einhellig, oder doch mit einer großen Mehrheit der Stimmen zu bestätigen. Wenigstens hatte man seit mehr als 100 Jahren kein Beispiel vom Gegenteil gesehen;" da „wenige Länder und Ländchen sein möchten, in welchen nicht wenigstens ein ganzes größeres oder kleineres Abdera zusammengebracht werden könnte, so ist nicht abzusehen, warum nicht noch heut zu Tag irgend ein unteres oder oberes Rechtskollegium zu finden sein sollte, das mehr oder weniger jenem Stadtgerichte zu Abdera ähnlich wäre. — Ist einmal in einem Gericht die heilige Flamme des Gefühls für Recht und Ordnung erloschen, wie leicht ist es dann möglich, daß während das erste, zweite und dritte Gerichtsmitglied sich mit anderen Dingen beschäftigen, dem vierten der

Schlummer nach einer froh durchwachten Nacht auf die Augen drückt, und das fünfte die Scheiben der Fenster zählt oder seinem Nachbar eine Tagesneuigkeit in die Ohren flüstert — der Berichterstatter mit Windeseile den tauben Wänden einen flüchtigen Vortrag hinplaudert, dessen Schlußantrag, nachdem fünf Köpfe genickt, oder nach der Reihe: einverstanden! gerufen haben, nunmehr ein kollegialisch gefaßtes Rechtserkenntnis heißt!"

47. (125) Vierhaus, soziale und wirtschaftliche Aufgaben der Zivilprozeß-Gesetzgebung, in der Festgabe der Juristischen Gesellschaft für Richard Koch, Berlin 1903, S. 37—74. Der erfahrene Verfasser hat sich mit seinen offenen, eindringenden Ausführungen kein geringes Verdienst als Vorläufer der Adickesschen Reformbewegung erworben. Hat er sich doch nicht gescheut, schon vor 5 Jahren öffentlich auszusprechen: „Leider lehrt eine objektive Betrachtung, ein Blick in die Tagespresse und in die stenographischen Berichte über parlamentarische Verhandlungen, daß das Vertrauen in die Rechtspflege, der Stolz auf die Gerichte, in starkem Niedergange begriffen sind. Mag die Tadelsucht des Zeitalters auch an solchen Äußerungen der Unzufriedenheit ihr gutes Teil haben, objektiv ist die Tatsache nicht zu leugnen" (S. 63 a. a. O). Und auf S. 53 der sehr zurückhaltenden und vorsichtig abgefaßten Arbeit heißt es: „es bedarf der ernstesten Erwägung, ob wir nicht — und das gilt auch im Strafprozeß — an einer wahren Vergeudung von Richterkräften leiden." — Auch wird zutreffend hervorgehoben, daß in früherem deutschem, kleinstaatlichem Gerichtswesen mehrfach „alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes einzelrichterlicher Entscheidung unterlagen. Vorausgesetzt, daß das Verfahren zweckmäßig geregelt und für eine sachgemäße Ausgestaltung des Rechtsmittelzuges Sorge getragen wird, vielleicht unter Ausschluß aller Rechtsmittel bei Bagatellobjekten, würde eine solche Organisation wohl einer eingehenden Erwägung wert sein". Auch der Hinweis auf England fehlt schon damals nicht!

47a. Ergänzung (128 ff.) Die Darstellung des römischen Appellationswesens im Abschnitt „nur eine Tatsachen-Instanz gibt zum Teil meine Ausführungen in der Schrift“ „400 Jahre deutscher Zivilprozeßgesetzgebung“ wieder; vgl. daselbst S. 18. Im übrigen (s. den Text oben S. 129—131) verwerte ich Mengers eindringende Untersuchungen. Zu Seite 133 des Textes oben verweise ich auf J. W. Plancks Werk: Das deutsche Gerichtsverfahren Bd. 1, S. 272, 297, 298. — Die Mitteilungen über die Stellungnahme ausländischer Prozeßgesetze S. 135 sind dem verdienstlichen Sammelwerke von Leske und Löwenfeld: „Die Rechtsverfolgung im nationalen Verkehr“ — entnommen. Für das schweizerische Recht (im Text S. 135) ist benutzt die wertvolle, vollständige Arbeit von Ernst Steiner: „Die Appellation nach schweizerischem Zivilprozeßrecht“. (In Gmürs Abhandlungen zum schweizerischen Recht).

Der italienische Prozessualist Mortara führt — wie Steiner a. a. O. S. 97, Anm. 1 berichtet — in seinem Lehrbuch des italienischen Zivilprozeßrechts aus: „eine Appellation, die nur auf Nachprüfung des erstinstanzlichen Prozeßstoffs gerichtet ist, die also nur zum Zweck hat, zu untersuchen, ob die erste Instanz richtig oder unrichtig geurteilt habe, hat nur dann eine Berechtigung, wenn die zweite Instanz mehr Gewähr für ein richtiges Urteil bietet, als die erste; entgegengesetztenfalls könnte der obere Richter gerade so gut sich irren, wie der untere, und wenn er ein unterrichterliches Urteil abändert, so kann gerade so gut das neue Urteil unrichtig sein, wie das alte. Wenn aber die zweite Instanz mehr Gewähr für eine richtige Beurteilung der Sache bietet, warum läßt man sie denn nicht allein entscheiden? Man würde ja damit viel Zeit und Kosten ersparen.“

Aber Mortara übersieht, daß die deutschrechtliche erste Instanz endgültig das tatsächliche Material festzustellen hatte, um darauf hin den ersten Rechtsspruch abzugeben. Der zweiten Instanz, die allerdings als die tüchtigere, das Recht besser wissende, galt, lag dann ob die schwiegere Frage der

Rechtsanwendung nochmals zu prüfen. — Die Funktionen des ersten und des oberen Gerichts waren also verschieden verteilt.

47b. Ergänzung (140) Die bezogenen Ausführungen von Otto Bähr finden sich in dessen Schrift „Das Rechtsmittel zweiter Instanz im deutschen Zivilprozeß". Jena 1871, und zwar auf S. 35 ff.

48. (147/148) Rudolf Gneist, Das englische Verwaltungsrecht, Berlin 1867, Bd. II, S. 1208, 1215, 1243.

48a. (152) man wird bescheiden, wenn man hoffnungslos Jahr um Jahr unter der allein seligmachenden Verhandlungsmaxime lebt: ich habe mich doch ehrlich gefreut, im Entwurf der Amtsgerichtsnovelle § 502 Z. P. O. zu lesen, daß das Gericht Sach und Streitverhältnis mit den Parteien zu erörtern habe. Also der Richter darf doch auch mitreden, hat Recht und Pflicht dazu. Die Begründung stellt sogar unter Umständen richterliche Unterstützung der Partei in Aussicht! — Erhebliche Neuerung ist damit freilich nicht gebracht. Die Begründung versichert das ausdrücklich. Aber der Kommentator des Entwurfs R. A. Dittenberger, Halle a. S., schreibt: „Ob man dieser Versicherung Glauben schenken kann, erscheint sehr fraglich; zu Bedenken Anlaß geben muß jedenfalls der Umstand, daß die Tendenz des Entwurfes im allgemeinen auf eine Erweiterung der richterlichen Befugnisse gerichtet ist, und weiter der Umstand, daß der ursprüngliche Entwurf (aber der gilt doch nicht mehr!) einige ganz durchgreifende Änderungen plante, indem er insbesondere dem Gericht die Verpflichtung auferlegte, auf eine gütliche Erledigung des Rechtsstreits, sowie darauf hinzuwirken, daß die Parteien sich über alle erhebliche Tatsachen wahrheitsgemäß erklären."

Die Verwirrung ist erstaunlich: Gütliche Streiterledigung, wahrheitgemäße Parteierklärungen, also Wesen und Ziele unserer alten, gesunden Rechtspflege, dienen heute bereits als Schreckbilder!

49. (148) L. Stein, Geschichte des französischen Strafrechts und Prozesses, Französische Staats- und Rechtsgeschichte von L. A. Warnkönig, Bd. III, S. 464.

50. (156) so in den Vorträgen über die Reichszivilprozeßordnung 2. Auflage, Bonn 1896, S. 199.

51. (156, 157) anders in der Schrift: Die Zivilprozeßordnung und die Praxis, Leipzig 1886.

52. (157) in der Begründung des Entwurfs der österreichischen Zivilprozeßordnung wird gelegentlich der Gedanke an die Unfehlbarkeit des „Formdogma der Mündlichkeit" als verkehrt abgetan.

53. (159) Wach hat das Versäumnisverfahren unserer Zivilprozeßordnung im Jahre 1872 als „durchweg innerlich unhaltbar" erklärt, danach aber (1895) ausgesprochen: „es gibt kaum ein brauchbareres und verständigeres Verständnisverfahren als das unsrige", dasselbe ist ein Glücksgriff des Gesetzes: „eine praktische, gesunde Maßnahme". „Sie ist innerlich gerechtfertigt", — vgl. meine Schrift „Die Novelle vom 17./20. Mai 1898 usw.", S. 11 und S. 188, Anm. 10.

53a. Ergänzung (152) Wolfgang Heinrich Puchta ist mir als der einzige bekannt, der auf Grund eigener richterlicher Erfahrung gegen die Anfeinder der Friderizianischen Prozeßgesetzgebung überzeugt eine Lanze gebrochen hat. Er schrieb in den Beiträgen zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerlichen Rechtsverfahrens, Erlangen 1822, wie folgt: „Man spricht gewöhnlich von einem Verfahren von Amtswegen in Zivilsachen, von inquisitorischen Einrichtungen, von Beweisführen durch den Richter" und was dergleichen mehr ist. Das spricht man, und glaubt es, und macht es auch andere glauben, und verketzert damit eine Rechtsverfassung, deren man sich vielmehr als deutscher Erfindung zu rühmen Ursache hätte. Kaum ist begreiflich, wie man dem Gedanken Raum geben konnte, daß der preußische Prozeß, hervorgegangen aus der Idee eines der hellsehendsten Köpfe aller Zeiten, und ausgeführt durch Männer von den Talenten und Kenntnissen eines Carmer, Suarez usw., die selbst in der gemeinrechtlichen Schule gebildet worden sind, daß dieser preußische Prozeß, sage ich, dergleichen verkehrte Grund-

säße als dessen Tadler aus dem Untersuchungsprinzip herleiten zu müssen sich veranlaßt geglaubt haben, aufstellen könne: Grundsätze, woraus bei dem wichtigen Einfluß der Rechtspflege notwendig in der ganzen Staatsmaschine Verwirrung hätte entstehen müssen, und wobei die Methode, die nun zur Zufriedenheit des Volkes über 40 Jahre befolgt wird, kein einziges Jahr anwendbar hätte befunden werden können!"

53b. (152) Ergänzung: Als Gegenbild darf ich hierhersetzen, was — wie mir scheint nicht ohne einen berechtigten Anflug von Ironie — Rudolf Stammler in seiner Lehre von dem richtigen Rechte, Berlin 1902, schreibt:

„Nach wie vor feiert das förmliche Recht einen Triumph in der Verhandlungsmaxime unseres Zivilprozesses. Der Richter ist an das Vorbringen und an die Anträge der Parteien gebunden. Er hat nicht von Amtswegen die Wahrheit zu ermitteln, sondern soll nur feststellen, was innerhalb der beiderseitigen Behauptungen bewiesen ist. Das Wesen der technischen Aufgabe, die hier gestellt ist, tritt dabei in scharfen Umrissen hervor; und hat schon manches Mal durch seinen einengenden Charakter die Arbeitsfreude des denkenden Praktikers getrübt."

54. (163) Die Schlußworte sind entnommen dem Bericht des zur Beratung über die österreichische Zivilprozeßordnung niedergesetzten „Permanenzausschusses".

Ich setze die treffliche, auch heute noch für uns bedeutsame Darlegung vollständiger hierher:

... „wir werden gewahr, daß das Problem eines Zivilprozesses heute anders liegt als vor 40 Jahren, daß Mündlichkeit und Öffentlichkeit noch lange nicht die Anforderungen erschöpfen, welche wir an ein Verfahren heute stellen müssen, daß wir also gewissermaßen eine ganze Entwicklungsphase überspringen müssen, wenn wir nicht etwas Neues schaffen wollen, was nicht schon zugleich etwas halb Vergangenes wäre." — „In der alten Zeit — begnügte man sich in Deutschland und bei uns mit einer gewissen niedrigeren Durchschnittsleistung der Justiz —

der formellen Wahrheit. — Später, und zwar wesentlich unter dem Einflusse der französischen Jurisprudenz, vollzog sich mit der Einführung der Mündlichkeit, Öffentlichkeit und freien Beweiswürdigung der Fortschritt zur materiellen Wahrheit" ... „Überall ging mit der Eindämmung der Parteiherrschaft über den Prozeß die größere richterliche Ingerenz parallel — die Abschwächung der Verhandlungsmaxime. — Heute drängt die Entwicklung weiter auf diesem Wege. Die rechtsuchenden Parteien verlangen vom Richter, daß er ohne Umschweife dem Rechtsverhältnisse auf den Grund gehe. Mächtig aufstrebende Klassen fordern ihren Anteil an dem richterlichen Schutze in einer Form, welche ihnen zugänglich ist. Der Staat endlich hat ein erhöhtes Interesse an der allgemeinen und gleichen Verwirklichung seiner Rechtsinstitute. Das führt zu einem noch wirksameren Eingreifen des Richters, zur materiellen Wahrheit in einem erweiterten Sinne, zu einer Grenzrevision zwischen der Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime, zu einer neuen Formulierung der Vollmacht, die der Richter für sein Eingreifen im Zivilprozesse erhält, zu einer neuen Konkretierung jenes Prinzips der Mündlichkeit, welche zwar ein notwendiges Element eines jeden Zivilprozesses bleiben wird, das aber manchmal in doktrinärer Begeisterung als Selbstzweck betrachtet wurde, während es doch nur Mittel zum Zwecke sein kann. Dazu kommen die Anforderungen welche die modernen sozialen Anschauungen auch an den Zivilprozeß stellen. Der Prozeß muß Normen enthalten, welche die Rechtsdurchsetzung für alle Bevölkerungsschichten erreichbar machen, welche geeignet sind, jener Entfremdung der Bevölkerung von der Rechtsprechung entgegenzuwirken, die heute in so hohem Grade eingetreten ist, und als Folge eines langwierigen, kostspieligen, formalistischen, den breiten Schichten der Bevölkerung ganz unverständlichen Gerichtsverfahrens auf uns lastet. Unser neuer Prozeß soll endlich auch jene Rückwirkung wieder herstellen, die wir ganz entbehren und die darin besteht, daß ein öffentliches, verständliches, der materiellen Wahrheit zustrebendes Verfahren einen läuternden erziehenden Einfluß auf die Rechtsbegriffe und das Rechtsbewußtsein der Bevölkerung zu üben

hat. — Diesen neuen Anforderungen an den modernen Zivilprozeß gegenüber ist unsere Gerichtsordnung ein erstarrter Körper." Vgl. Materialien zu den neuen österreichischen Zivilprozeßgesetzen, herausgegeben vom k. k. Justizministerium, Wien 1897, Bd. I, S. 740, 741.

55. (164) Meyer und Schömann, Der Attische Prozeß, Halle 1824.

56, 57, 58. (164—167) An der kleinen geschichtlichen Abhandlung über die Prozeßeide (ursprünglich ein Vortrag) habe ich das „nonum prematur in annum" des Horaz reichlich eingehalten. Jener alte Satz hat sich aber leider nicht bewährt, wenigstens insofern nicht, als ich 10 Jahre hindurch gehofft habe, unser Schiedseid werde nun bald aus dem deutschen Gerichtswesen endgültig verschwinden. Solch' bescheidene Hoffnung ist leider trügerisch gewesen: wir schwören immer vorwärts, wie vor 10 Jahren so auch heute noch!

Der römischrechtliche Abschnitt stützt sich auf die schöne Untersuchung von Gustav Demelius: „Schiedseid und Beweiseid im römischen Zivilprozesse" Leipzig 1887 und auf die in Grünhuts Zeitschrift, Band 16 (1889) S. 71 ff. veröffentlichte Arbeit von Moritz Fierich, Professor in Krakau: „Über die Eideszuschiebung, mit besonderer Berücksichtigung des Werkes von G. Demelius, Schiedseid und Beweiseid"; vgl. dazu die ausführliche Besprechung der Demeliusschen Arbeit von Otto Gradenwitz in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. VIII, romanistische Abteilung, Weimar 1887, S. 269 ff.

59. (167) Paul Hinschius, Beiträge zur Lehre von der Eidesdelation mit besonderer Rücksicht auf das kanonische Recht, Berlin 1860.

60. (168). Es kommt in Betracht die l. 12 C: de rebus creditis IV, 152: „Sin autem is, cui sacramentum est illatum vel a parte vel a judice, hoc subire minime voluerit, licentiam quidem habeat sacramentum recusare, judex autem, si hoc omnimodo praestandum existimaverit, sic causam dirimat, quasi

volente eo sacramentum sit recusatum — ipse autem, qui sacramentum sibi illatum dare recusaverit — habeat sibi in ultima provocatione repositum auxilium. Vgl. Hinschius a. a. O., S. 18.

61. (168) Hinschius a. a. O., S. 17.

62. (168) Schlechthin überzeugend sind die Ausführungen von Hinschius a. a. O., S. 102—109. Der Verfasser kommt zum „Resultat, daß der kanonische Prozeß wegen der Natur der ihm unterliegenden Streitigkeiten eine rein materielle Beweistheorie hatte und haben mußte, da es für die richterliche Entscheidung wesentlich auf die wirkliche Wahrheit ankam. — Mit diesem Prinzipe ist aber ein Gebrauch der Eidesdelation, zur Feststellung streitiger Tatsachen — nicht verträglich. Die Eidesdelation kann allein eine förmliche Wahrheit schaffen. — Aber auch von einem anderen Gesichtspunkte aus erscheint die Eidesdelation für die causae spirituales und die denselben gleichstehenden Streitigkeiten unanwendbar. Die mittelalterliche Theorie sah den Eidesantrag nicht bloß über Tatsachen, sondern, übereinstimmend mit dem römischen Rechte, auch über das ganze streitige Rechtsverhältnis für zulässig an. In letzterer Beziehung hat die Eidesdelation unzweifelhaft eine vergleichsähnliche Natur; — dieser Charakter der Eidesdelation tritt aber ebenfalls mit der Natur der hier gedachten Rechtsverhältnisse in Widerspruch, denn dieselben unterliegen überhaupt nicht der freien Verfügung und willkürlichen Festsetzung der Parteien. — Da mit Rücksicht hierauf den Parteien die Befugnis zu Vergleichen über solche Gegenstände genommen ist, so kann auch die Beendigung eines Prozesses darüber durch das Mittel der Eidesdelation nicht für zulässig erachtet werden.“ — „Was die mittelalterliche Doktrin betrifft, so schließt Durantis die Eidesdelation für die causae spirituales allgemein aus (a. a. O., S. 109, Anm. 2).

63. (169) Sachsensp., Buch I, Art. 18, **§ 1**: Drierhande recht behelden de sassen wider karles willen. — **§ 2** Unde dat andere: „swat so de man vor gerichte nicht ne dut, svo

wetenlik it si, dat he des mit siner unscult untgeit, unde man's in nicht vertügen ne mach“.

64. (169) Den Vortritt nahm bei dieser Neugestaltung Magdeburg, doch auch Lübeck, Hamburg, Bremen schlossen sich bald an.

65. (169) Richtsteig L. R. Cap. 45, § 5: „So spreken itwelke lude, it si wicbeldes recht, dat me scole mit tugen winnen oder weren. Des is nicht. Cap. 46, § 1: Wo men antwerden scal dar me enen mit tuge tusprikt. Hir antwerde sus tu wen he di beclaget, ude nomet he hulpende tuch so seege: her richter, ic bidde ens rechtes, na deme dat hir sessisch recht is, oft me mi umme sodane scult vortugen moge sunder hulpe eines gehegeden dinges. So vintme he ne moge. So vrag, na dem dat hes nicht vortugen mach, oft dus em icht mogest untgan mit dime ede. Dat vintme“.

66. (171) Th. Muther. Die Gewissensvertretung im gemeinen Deutschen Recht, mit Berücksichtigung von Partikulargesetzgebungen. S. 45: Zobel, Sachsenspiegel II, 22 berichtet: „Doct. Joan. de Breitenbach super hoc puncto aliquando respondit, quod utrique parti liberum sit suam actionem vel exceptionem adversarii conscientiae commitere.“ — Vgl. auch Ad. Nissen, Die Gewissensvertretung nach gemeinem deutschen Prozeßrecht, Leipzig 1861.

67. (171) Muther a. a. O., S. 46, 47.

68. (171) Benedict Carpzow, Definitiones Forenses ad Constitutiones electorales Saxonicas Const. XIV, Definitio I berichtet: „hodie tamen res expedita est, in foro scilicet Saxonico etiam Relationem juramenti obtinere.“

69. (172) Gerichtsordnung für das Tribunal zu Wismar v. J. 1657. Tit. XXXIV. Von den Eyden § 3. „Wann aber die Erfahrung außweiset, daß der Deferirung jetztgemeldeten Eydes viel mißbrauchen, und ob sie gleich ihres Rechten selbst

ungewiß, auch nichts bey gebracht oder glaublich gemachet, doch ihr Widertheil dardurch versuchen — so soll solchem vorzukommen, derjenige welcher den Eyd deferiret, schüldig seyn, vorher einigermaßen daßjenige, worüber solcher abzulegen, glaublich zu machen — § 4. Befehlen hiebey Unserm Präsidenten, Vice-Präsidenten und Assessorn bey solchen Vorkommenheiten alle Umbstände wol zu erwegen, und so wol bey diesen als andern Eyden zu beobachten, daß sie ausserhalb der Noth nicht gefodert, auffgelegct, oder zu einiger Gefährligkeit mißbrauchet werden."

Vorpommersche Hofgerichtsordnung vom J. 1673. Tit. XXVII.

§ 2. „Ob auch von Anfang die Klage oder Exceptio nicht auff den Eyd gestellet were, soll denn negst nach den Responsionen darüber aus Gleichheit zu deferiren ohnbenommen seyn." § 3. „Es soll aber der, so in beyden Fällen zur Delation des Eydes schreitet, Ursache anzeigen, warum Er solche vernehmen müste, dieselbe das Hoff Gerichte erwegen, dessen Nothwendigkeit er messen darauff sehen, daß nicht vergeblich noch muthwillig dieselbe geschehe."

69. Ergänzung (172) Nach meinem Dafürhalten ist bisher nicht genügend gewürdigt worden, daß so vielfach in den Ostseegebieten die an das kanonische Recht sich anschließende Lehre von Mevius durchdrang. Denn, wenn die Eideszuschiebung nur nach richterlicher Cognition und ausdrücklicher Genehmigung des Richters zulässig war, so war eben ein allgemeines Parteirecht auf Anwendung solcher „Tortur" jedem Prozeßgegner gegenüber ausgeschlossen.

In der Reichstagskommission (Protokolle der Kommission, erste, Lesung Hahn-Stegemann, Bd. II[1], S. 656) brachte Otto Bähr folgende Auffassung vom Schiedseide zur Geltung: „Das Recht, Eid oder Geständnis zu verlangen, beruhe auf dem Grundsatz, daß, wer keine anderen Beweismittel besitzt, mindestens zu begehren befugt ist, daß der andere mit seinem Leugnen nicht abkomme sondern sich als ein solcher darstelle, der im guten Glauben streite. (Vgl. auch die Abhandlung von Bähr, Eid

und Parteienvernehmung, in dessen gesammelten Aufsätzen, Leipzig 1895, S. 368). — Aber diese Auffassung ist eben nur ein Versuch, dem byzantinischen „maximum remedium“ eine wenig überzeugende Stütze zu schaffen. Wahrheit wird mit solchem Formalakt nicht zur Welt gebracht und es ist entsittlichend und erniedrigend für unser heutiges Gefühl, daß jeder von uns, trotz aller ihm eigenen Wahrheitsliebe, vom Gegner zu solcher „bedingten Selbstverfluchung“ (Brunner R. G. Bd. 1, S. 257) gezwungen werden kann. Um wieviel gesunder ist nicht die Meviussche Lehre, die den Schiedseid nur causa cognita zuläßt. Auf die Wirksamkeit von Mevius wird es zurückzuführen sein, daß die skandinavischen Staaten den „Schiedseid“ nicht kennen.

70. (172) Hier ist besonders hinzuweisen auf G. Kleinfellers treffliche, stoffreiche Arbeit: Die geschichtliche Entwicklung des Tatsacheneides in Deutschland, Berlin 1891.

71. (173) . . . sed cum nulla ex parte, actoris vel rei, inducitur probatio vel praesumtio, — tunc inspecta persona actoris et rei, inspecta etiam re, de qua agitur, prout judex prospexerit, defert sacramentum nunc actori nunc reo, causa tamen cognita ergo vel modicum pro eo oportet esse vel facere, cui a judice defertur sacramentum“ so Pillius, ich zitiere nach C. Zimmermann, Der Glaubenseid, Marburg und Leipzig 1863, S. 227, Anm. 11.

72. (173—175) Friderici Esaiae Pufendorfii Observationes juris universi — Appendix variorum statutorum: Dath Stadtrecht der Stadt Brünschwigk, 1532, S. 78 ff., insbesondere S. 131 und 141. — Hier wird das „so gahr losswerdich“ der einen oder anderen Partei besonders hervorgehoben. Bei Perneder steht im Vordergrund: „in was ansehen wesen und glauben jedlich parthey erkannt“. Der Stadt Riga Statuta und Rechte vom Jahre 1798 verlangen gleich anderen städtischen Prozeßgesetzen Kap. XVIII, § 15: „Darumb sollen die Sachen mit allen ihren Umbständen, Anzeigungen und Vermuthungen wohl erwogen werden, in was Ansehen Ehr und Würde jede Partey sey, welche auch der Sachen am

besten Wissenschaft haben, und was jedes Theil vor dem anderen erwiesen, auch derhalben bessere Vermuthunge vor sich habe; alsdann nach denselben auserzählten, und andern dergleichen Begebnisse, nach gerichtlicher Ermäßigung solcher Eid soll geleistet werden."

Der Gedanke ist immer derselbe; bei uns, wie einst bei den Griechen: „Der Eid macht nicht den Mann, es macht der Mann den Eid", — nur hatten wir gerade keinen Aischylos zur Stelle, der vermocht hätte, den einfachen Erfahrungssatz in tönendem Verse der Nachwelt zu übermitteln! (vgl. oben S. 186).

73. (184) Franz Klein berichtet in den „Vorlesungen über die Praxis des (österreichischen) Zivilprozesses, Wien 1900, S. 170, 171 — durchaus günstig über die mit der sog. „Vernehmung der Parteien" gemachten Erfahrungen. In den damals erst verflossenen 5 Jahren seit Einführung der Zivilprozeßordnung hat die neue Institution vermocht, „durch vorsichtige und äußerst sparsame Anordnung der eidlichen Aussage manche von den unerfreulichen Begleiterscheinungen des früheren Bagatellverfahrens zu bannen". „Es ist Verheißung einer guten Zukunft, wenn konsequent danach gestrebt wird, die Überzeugung von der Wahrheit einer Behauptung sich womöglich zu bilden, ohne die letzte Energie und den letzten Zwang des Beweismittels der Parteivernehmung in Anspruch zu nehmen." „Das Bedürfnis nach Beeidigung der Partei mag deshalb durchschnittlich schwächer oder seltener sein, weil das Gericht infolge der Beteiligung der Parteien oft schon während der Sachverhaltserörterung die lehrreichsten Einblicke in die prozeßerheblichen Beziehungen und Verhältnisse und manchen Aufschluß über Charakter und Glaubwürdigkeit der Parteien erhält." — „Der Effekt der persönlichen Beteiligung der Parteien an der Streitverhandlung verbreitet sich — in der Tat über alle Seiten des Prozesses. Es wird nicht ihr geringfügigster und am wenigsten segensreicher Erfolg sein, wenn durch sie auch die eidliche Aussage in den Hintergrund gerückt wird."

Vgl. hierzu die Ausführungen von G. Kleinfeller in seinen „Beiträgen zur Reform des Zivilprozesses" S. 446 ff.

73a. Ergänzung (184) Der deutsche Juristentag hat sich wiederholt mit der Frage beschäftigt, ob es empfehlenswert sei, den Schiedseid zu beseitigen und an seine Stelle die Vernehmung der Parteien zu setzen.

Auf dem 8. Juristentage (1869) standen u. a. zur Diskussion die beiden Fragen:

1. Soll unter der Voraussetzung freier richterlicher Beweiswürdigung die Einführung einer eidlichen Vernehmung der Parteien als Zeugen in eigener Sache in die künftige deutsche Zivilprozeßordnung empfohlen werden?

2. Soll diese Einführung ohne die Voraussetzung der freien richterlichen Beweiswürdigung empfohlen werden?

Beide Fragen wurden mit 16 gegen 13 (bzw. 10) Stimmen verneint.

Auf dem 23. Juristentage (1895) waren folgende Anträge gestellt:

1. „Es empfiehlt sich, die Eideszuschiebung im Zivilprozesse durch Vernehmung der Parteien als Zeugen zu ersetzen.

2. Und zwar derartig, daß ohne Änderung der Verhandlungsmaxime und der Beweislast statt der Eideszuschiebung der Antrag auf Vernehmung der Parteien gestellt werden kann, und daß ohne Anwendung von Zwangsmaßregeln gegen die Parteien die Vereidigung einer der Parteien, die Würdigung der beeidigten oder unbeeidigten Aussagen, sowie die Würdigung einer Ablehnung der Vernehmung oder des Eides der richterlichen Beweiswürdigung zu überlassen ist."

3. „Und zwar derartig, daß ohne Änderung der Verhandlungsmaxime und der Beweislast noch der formalen Beweiskraft des Eides die Abnahme des Eides durch Vernehmung der betreffenden Personen geschieht."

Kleinfeller hatte vorgeschlagen vom Antrage zu 2 die Worte „ohne Änderung der Verhandlungsmaxime und der Beweislast" zu streichen. Dies wurde abgelehnt und ebenso der übrige Teil des Antrages zu 2.

Angenommen war demnach der Antrag zu 1 nebst dem erläuternden, von Hamm gestellten Antrage zu 3.

74. (186) Die beiden im Text bezogenen Aussprüche von Wach finden sich in dessen Aufsatze über die Justiznovelle, D. J. Z., 1908, Nr. 1, Spalte 12.

74a. Ergänzung (186—189). Die Übersicht über die Verwendung des Eides in den ausländischen Prozeßgesetzgebungen ist zusammengestellt nach den Angaben im Sammelwerke von Leske und Löwenfeld: Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, 2 Bde., Berlin 1895 u. 1897.

75. (190) Wilibald Peters, Prozeßverschleppung, Prozeßumbildung und die Lehren der Geschichte, Berlin 1904.

76. (190) Vom selben Verfasser: Das englische bürgerliche Streitverfahren und die deutsche Zivilprozeßreform, Berlin 1908.

77. (191) Es handelt sich geschichtlich um einen Kampf der verschiedenen Strömungen miteinander: in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts überwiegt die germanische Auffassung; Ordnungsprinzip und Eventualmaxime drängen das zu immer ärgerer Verschleppung führende italienisch-gemeinrechtliche Verfahren zurück. Um die Jahrhundertmitte beginnt dann die neue Rezeption des romanisch-französischen Rechts, das im Stammlande unter dem Drucke langdauernder Übung eines fast souveränen Richtertums sich bewährt hatte.

Bei der Überpflanzung nach Deutschland mag das romanische Recht, wie es in der Z. P. O. geboten wurde, immerhin zunächst als freier, als vom Zwange der germanischen Schranken befreiend, begrüßt worden sein. Aber die 30 unter der Z. P. O. verbrachten Jahre stellen sich uns heute dar als eine zügellose, das zulässige Maß der Parteienfreiheit weitaus überschreitende Zeit: wir stehen nunmehr in einer rückläufigen Bewegung, deren Aufgabe ist: die verständige Mittellinie zu ziehen zwischen Ausschreitungen nach links und nach rechts!

78. (192) Der Entwurf zur Amtsgerichtsnovelle kennzeichnet einen, wenn auch schüchternen Versuch zur Befreiung unseres Richtertums durch Steigerung der richterlichen Gewalt.

79. (192) vgl. oben Anm. 47 (125).

80. (193) vgl. oben Anm. 20 (50).

81. (206) Georg Kleinfeller: Beiträge zur Reform des Zivilprozesses. Aus der Festgabe der Kieler Juristen-Fakultät zu Albert Hänels fünfzigjährigem Doktorjubiläum. Kiel und Leipzig 1907.

82. (211 ff.) Der Vortrag wurde gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin am 9. November 1907. Der Verfasser verweist auf eine von ihm zu veröffentlichende größere Darstellung der englischen Gerichtsverfassung.

Schlußwort. Das Eine ist wohl sicher und sollte wenigstens von jedem nachdenkenden Beobachter anerkannt werden: wir sind in den seit der Adickesschen Herrenhausrede vom 30. März 1906 verflossenen zwei Jahren um ein gutes Teil vorwärts gekommen: an Selbsterkenntnis sowohl, wie an Zuversicht, Mut und Hoffenskraft. Jetzt handelt es sich, uns dankbar zu erweisen dem Manne, der es in rastlosem Bemühen verstanden hat, uns „aufzurütteln". Und rechten Dank können wir Adickes nur spenden, wenn wir vor allem dafür sorgen, daß die einmal so geschickt in Gang gebrachte Reformbewegung nicht, wie so manche frühere, ins Stocken gerät, um danach unbeachtet wieder einzuschlafen!

Die Reform des Strafprozesses und Strafrechts wird freilich viele tüchtige Kräfte in Anspruch nehmen. Deshalb aber die Reform der bürgerlichen Rechtspflege auf ein Jahrzehnt zu vertagen (Adickes I, S. 150), wäre nicht nur „eine harte Geduldsprobe", es wäre vielmehr ein kleinmütiges Vorgehen, das gar zu leicht zum Rückfall in die „leidige, gedankenlose Ruhe" führen könnte.

Lassen wir uns nicht irre machen und schmieden wir das Eisen solange es noch nicht abgekühlt ist. Sehr bemerkenswert ist unter allen Umständen, was Adickes (I, 150) von England als dem klassischen Lande der Teilreformen sagt. Ich bin

überzeugt, daß auf solchem Wege die bevorstehenden Umwälzungen weniger drückend sein werden; und nicht übersehen werden darf, daß mit erreichten Erfolgen auf eng umgrenztem Gebiete, Kraft und Zuversicht zur Bewältigung größerer Arbeit sich einstellen und dauernd erhalten werde.

Wir sind mit unseren papierenen Kommissions- und Gesetzgebungsarbeiten nicht immer glücklich gewesen; — vielleicht gelingts einmal mit dem Probieren besser als mit dem zu reichlichen Studieren!

Register.

A.

B.

C.

D.

E.

O.

P.

R.

Druck von Ehrhardt Karras, Halle a. S.



Dittenberger, Heinrich, Entwurf eines Gesetzes betreffend Aenderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Zivilprozessordnung, des Gerichtskostengesetzes und der Gebührenordnung für Rechtsanwälte. Mit kritischem Kommentar. 1908. 8. ℳ 1,50

— Das Verlöbnisrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich. Ein Beitrag zur Darstellung des neuen Rechts. 1901. 8. ℳ 5,—

Fitting, Hermann, Liegt in der Prozessvollmacht die Ermächtigung zur Abgabe und zum Empfange einer Aufrechnungserklärung? 1900. gr. 8. ℳ 0,50

Glaser, Salo, Die rechtliche Natur des Verlöbnisses nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1904. 8. ℳ 2,40

Heck, Philipp, Beiträge zur Geschichte der Stände im Mittelalter. Bd. I. II. 1900—1905. 8. ℳ 34,—
1. Die Gemeinfreien der Karolingischen Volksrechte. 1900. ℳ 12,—
2. Der Sachsenspiegel und die Stände der Freien. Mit sprachlichen Beiträgen von Albert Bürk. 1905. ℳ 22,—

— K. von Amira und mein Buch „Ueber den Sachsenspiegel". Mit einer Beilage: Sprachgefühl und Vorstellungsanalyse in Anwendung auf die Leihestelle Landrechts (ssp. III, 52, § 2, 3). 1907. 8. ℳ 2,—

Rehme, Paul, Die Lübecker Grundhauern. Ein Beitrag zur Rechtslehre von den Reallasten. 1905. 8. ℳ 2,40

Schwartz, Johann Christoph, Das Billigkeitsurteil des § 829 B. G. B. Eine civilistische Studie. 1904. 8. ℳ 3,60

Schwedler, Gustav, Das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit nach bürgerlichem Recht. 1897. 8. ℳ 4,50

Sokolowski, Paul, Die Philosophie im Privatrecht. 2 Bde. 1902. 1907. gr. 8. ℳ 28,—
1. Sachbegriff und Körper in der klassischen Jurisprudenz und der modernen Gesetzgebung. 1902. ℳ 16,—
2. Der Besitz im klassischen Recht und dem deutschen bürgerlichen Gesetz. 1907. ℳ 12,—

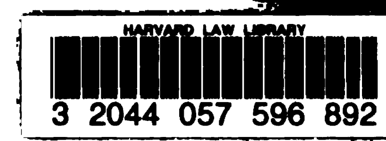
Stammler, Rudolf, Die Bedeutung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches für den Fortschritt der Kultur. Rede zur Feier des Geburtstages Sr. Majestät des Kaisers am 27. Januar 1900 in der Aula der vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg gehalten. 1900. gr. 8. ℳ 1,20

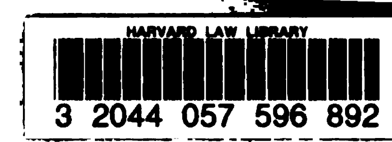
— Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten. 1900. gr. 8. ℳ 2,40

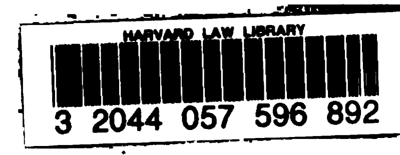
— Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903. gr. 8. ℳ 1,20

Stein, Friedrich, Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage. 1903. gr. 8. ℳ 4,50

Druck von Ehrhardt Karras, Halle a. S.




HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 057 596 892


HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 057 596 892

